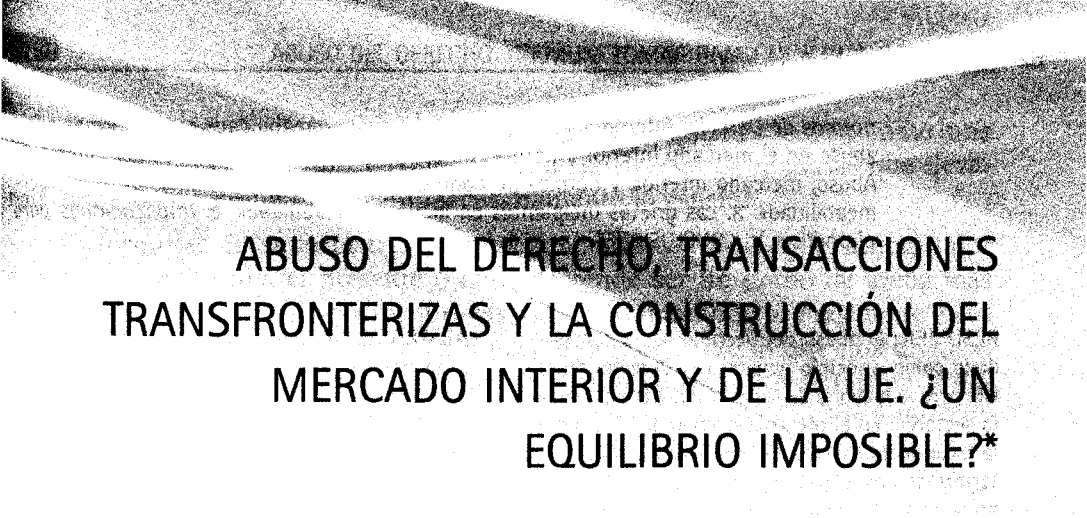


Este documento está publicado en:

Ramos Muñoz, David. (2012). Abuso del Derecho, transacciones transfronterizas y la construcción del mercado interior y de la UE. ¿Un equilibrio imposible. *Revista española de Derecho Europeo*, n. 44, pp. 61-122



# ABUSO DEL DERECHO, TRANSACCIONES TRANSFRONTERIZAS Y LA CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO INTERIOR Y DE LA UE. ¿UN EQUILIBRIO IMPOSIBLE?\*

DAVID RAMOS MUÑOZ

Profesor Ayudante Doctor. Universidad Carlos III de Madrid

Revista de Derecho Europeo 44  
Octubre - Diciembre 2012  
págs. 61 a 122

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TRANSACCIONES TRANSFRONTERIZAS, ABUSO Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE. PLANTEAMIENTO. A. *Los casos: supuestos transfronterizos problemáticos*. B. *Las hipótesis: qué dudas jurídicas se extraen de los problemas fácticos*. C. *La muestra: la doctrina del abuso en la jurisprudencia del TJUE*. III. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: UNIDO EN LA DIVERSIDAD. A. *El concepto de abuso en la jurisprudencia del TJUE*. 1. Los elementos objetivo, subjetivo y teleológico de la doctrina y su carácter unitario. El carácter distintivo del elemento teleológico. 2. Las garantías frente a la «vis expansiva» de la doctrina del abuso. a. Garantías de «proceso». b. Garantías de resultado. El principio de proporcionalidad. B. *Abuso del Derecho, efecto directo, y la relación entre el principio general y las normas específicas anti-abuso*. C. *Las objeciones al carácter unitario de la doctrina: el abuso como doctrina unida en la diversidad*. 1. La variedad de «umbrales» de abuso dependiendo del sector del ordenamiento, y la importancia de la interpretación teleológica. a. La plasticidad del test del abuso, y por qué restringe la presencia del principio en algunos ámbitos. b. Eurofood, abuso e interpretación finalista. 2. Las divergencias entre los casos verticales y horizontales. D. *Implicaciones para el análisis*. IV. UNA MIRADA A LOS RETOS FUTUROS. EL ABUSO DEL DERECHO Y LAS TENSIONES EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA. A. *Abuso, tendencia «pro-libertades» y «economía social de mercado»*. B. *Abuso del Derecho y principios de Derecho societario y del mercado financiero*. C. *Abuso del Derecho, efecto útil y primacía*. D. *Abuso del Derecho como principio general, y la impermeabilidad de las*

\* La primera nota debe ser de sincero agradecimiento, pues el presente trabajo ha tenido el privilegio de beneficiarse de los comentarios de los profesores Violeta Ruiz Almendral y Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, su capacidad analítica, y conocimiento enciclopédico de las normas anti-abuso y el Derecho de la UE, y, a pesar de las mejoras, el presente trabajo seguramente tendrá imprecisiones y fallos, que son responsabilidad exclusiva del autor.

*normas de Derecha Internacional Privado.* 1. La «impermeabilidad» entre normas anti-abuso en el mercado interior y normas de conflicto de leyes: separados por pilares. 2. Abuso, mercado interior, y normas de conflicto de leyes: los problemas de la «impermeabilidad». 3. Las grietas incipientes en la «impermeabilidad». *E. Implicaciones para el análisis.* V. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El abuso del Derecho se ha consolidado como principio general del Derecho de la UE; pero la mayoría de los estudios tienden hacia lo sectorial. En el presente trabajo, si bien sobre la base de transacciones mercantiles transfronterizas, se examina de modo transversal la jurisprudencia del Tribunal y los elementos del concepto de abuso al que da lugar. Los denominados objetivo, subjetivo y probatorio sirven de garantías frente a una expansión excesiva de la doctrina, pero es el teleológico o finalista el que resulta definitorio. A partir de esta premisa, se concluye que la doctrina del abuso es única, pero el elemento teleológico le permite adaptarse a normas de distinta naturaleza e intensidad, lo que da lugar a la percepción de su diversidad. Sobre esta base, se relaciona el abuso del Derecho con algunos problemas abiertos del Derecho europeo, para concluir que, en muchos casos, la conclusión de si existe abuso del Derecho puede verse oscurecida por los difíciles equilibrios a los que da lugar el Derecho de la Unión, y a la complejidad de determinar la finalidad de la norma o conjunto de normas.

**PALABRAS CLAVE:** Abuso, Derecho europeo, interpretación, teleológico, finalidad, finalista, garantías, mercantil, societario, bancario, mercado financiero, fiscalidad, vertical, horizontal, primacía, efecto directo.

Fecha recepción original: 20 de abril de 2012

Fecha aceptación: 27 de agosto de 2012

**ABSTRACT:** Abuse of law is now consolidated as a general principle of EU law, yet most studies tend to the sectoral analysis. The present article, albeit starting from the perspective of cross-border commercial transactions, undertakes a cross-section analysis of ECJ case law, and the elements of the concept of abuse it shapes. Of those, the so-called objective, subjective and burden of proof act as safeguards against the doctrine's potential overreach, but it is the teleological or finalistic one that defines it. From this premise, it is preliminary concluded that, while the doctrine of abuse is a single one, its teleological component allows it to adapt to norms of different nature and intensity, which gives rise to the perception of its diversity. On this basis abuse of law is put in relation with some of the unsolved issues of European law, which leads to conclude that, in many cases, the conclusion on whether there is abuse or not can be obscured by the difficult equilibria generated by Union law, and the intrinsic complexity of determining the purpose of the norm or group of norms.

**KEYWORDS:** Abuse, European law, interpretation, teleological, purpose, finalistic, safeguards, commercial, corporate, banking, financial market, taxation, vertical, horizontal, primacy, direct effect.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde que la «teoría del todo» saltara a la primera línea de las ciencias físicas, de manera paralela al movimiento centrifugo hacia la cada vez mayor especialización y parcelización del conocimiento, asistimos a periódicos esfuerzos centripetos, que tratan de demostrar a la comunidad científica, que existen sinergias y similitudes en problemas, procesos y teorías más allá de las especificidades taxonómicas. El Derecho, resignado al asiento del copiloto en la moderna conformación del debate científico, sufre los embates de ambas tendencias. Y así, en las últimas décadas, el Derecho europeo, como nueva disciplina, ha sido reclamado por ambos campos, desde quienes desean calificarlo, etique-

tarlo y empaquetarlo como una nueva disciplina, a quienes lo ven como una oportunidad para el estudio y conocimiento transversal de materias que llevaban demasiado tiempo dándose innecesariamente la espalda.

La formulación anterior traiciona las simpatías centripetas del autor, y por ello, no se oculta que el presente trabajo pretende ser un grano de arena más en el esfuerzo de demostrar a los juristas, que, parafraseando al Presidente Kennedy, «aquello que nos une es mucho más importante que lo que nos divide». Es preciso reconocer, no obstante, que, siguiendo la sucesión de términos del título (Transacciones Transfronterizas, Abuso del Derecho y Mercado Interior), la investigación que dio lugar al presente trabajo comenzó de una forma relativamente convencional, con la voluntad de dar respuesta a preguntas simples, y circunscritas a problemas relativamente monodisciplinarios, de la rama que denominamos «Derecho mercantil». En este sentido, ha pasado mucho tiempo desde el giro jurisprudencial del TJUE en el caso *Centros*<sup>1</sup> y su progenie<sup>2</sup>, y muchas de las preguntas que entonces quedaron abiertas siguen aún sin respuesta. La más importante (o la más compleja) quizás fuese cuál es el papel de la doctrina del abuso, tanto en el Derecho europeo, como en el Derecho nacional, cuando se aplica a situaciones transfronterizas.

Al fin y al cabo, y despojado de elementos superfluos, el caso *Centros* respondía a un esquema típico de transacción «en U», donde los promotores sitúan los elementos de la misma en un Estado de la UE, con el único objeto de que se aplique la legislación de ese Estado, aun cuando sus elementos «sustantivos» están conectados con otro Estado, cuya legislación se intenta evitar. En *Centros* el TJUE aclaró que ello no bastaba para apreciar la existencia de abuso, pero no aclaró qué elementos eran necesarios, si la doctrina del abuso tenía cabida en situaciones transfronterizas, o si se circunscribía al Derecho nacional, o, por el contrario, podía predicarse del Derecho europeo. La presencia de tantas, y tan serias, incógnitas volvía absolutamente infructuosa la tarea de aplicar la jurisprudencia *Centros* a cualquier caso no exactamente igual, restringía su utilidad como precedente, y la riqueza del debate doctrinal, tornándolo maximalista, y arrojaba una sombra de incertidumbre sobre numerosas transacciones societarias y financieras con componente transfronterizo.

Frente al silencio argumental del Tribunal en casos «mercantiles», su jurisprudencia en casos tributarios (*Halifax*<sup>3</sup>, *Kofoed*<sup>4</sup>, *Cadbury*<sup>5</sup> o *Marks & Spencer*<sup>6</sup>), basada, es justo decirlo, en el caso *Emsland Stärke*<sup>7</sup>, en materia de política agra-

1. Caso C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484.
2. C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. [2002] ECR I-9943; Caso C-161/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam e Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10195.
3. Caso C-255/02 *Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609.
4. Caso C-321/05 *Hans Markus Kofoed y Skatteministeriet* [2007] ECR I-5795.
5. Caso C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I-7995.
6. Caso C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] ECR I-10837.
7. Caso C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569.

ria, han hecho florecer un nuevo principio, de abuso del Derecho, de dimensión europea<sup>8</sup>; que ha generado interés por las posibilidades transversales de la materia<sup>9</sup>. Sin embargo, al tiempo que genera este interés, esta jurisprudencia sitúa al especialista, hasta el momento centrado en la teoría de la sede real, la protección de los acreedores en las sociedades de capital o el perímetro de la regulación bancaria, fuera de su zona de confort. La desazón es aún mayor al comprobar que una correcta comprensión del problema del abuso exige el examen de jurisprudencia en materia de servicios televisivos<sup>10</sup>, mandatarios procesales<sup>11</sup>, certificados médicos<sup>12</sup>, importación/exportación de libros<sup>13</sup>.

Y así, finalmente, el proceso pasó de un breve paseo por terreno inexplorado a expedición hacia *terra incognita* al comprobar que la actual articulación del principio del abuso en el Derecho europeo es una consecuencia indisociable de los dilemas internos que asaltan a la Unión, o, dicho de manera más florida, de su crisis de identidad permanente: qué es la Unión, a dónde quiere llegar, cómo, y cuáles son los papeles asignados a cada uno de los actores son elementos patentes en la jurisprudencia sobre abuso para todo aquel que desee observarlos.

Conocer este ecosistema político-legislativo-ideológico no garantiza predecir con exactitud el contenido de la próxima sentencia, pero sí ayuda a entenderla y situarla en contexto. Por ello, la estructura del presente trabajo no pretende reflejar tanto el racionalismo lógico de un edificio acabado, sino el estado de flujo de una obra en construcción.

A tal efecto, la Sección II actúa de verdadero marco introductorio, y recoge, por un lado, los ejemplos de transacciones que sirven de base para plantearse las preguntas que sirven de hilo conductor, y, por otro, la jurisprudencia del Tribunal de la cual trataremos de destilar sus parámetros generales. A partir de ahí, la Sección III se centra en el concepto de abuso, y argumenta la naturaleza unitaria de la doctrina. La Sección IV, tomando como base la doctrina del abuso pone de manifiesto en qué medida su núcleo central, la interpretación teleoló-

8. Antes de que fuera formulado expresamente en *Halifax* algunos autores se adelantaron y afirmaron que el TJUE manejaba un concepto propio de fraude/abuso. Ver RUIZ ALMENDRAL, V. *El fraude a la Ley Tributaria a Examen* Pamplona: Aranzadi, 2006, p. 147-148. Con posterioridad, en presencia de pronunciamiento expreso del TJUE, ver DE LA FERIA, R. «Prohibition of Abuse of (Community) Law: the Creation of a New General Principle of EC Law through Tax» *Common Market Law Review* 45 (2008), p. 395-441; DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S. *Prohibition of Abuse of Law* Oxford: Hart Publishing, 2011.
9. DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S. *Prohibition of Abuse of Law op. cit.* 636 p.
10. Caso C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513.
11. Caso 33/74 *van Binsbergen v Bestuur van Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299; Caso C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4824.
12. Casos C-C-206/94 *Brennet AG contra Vittorio Paletta* [1996] ECR I-02357.
13. Caso 229/83 *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et al v SARL Au blé vert' et al* [1985] ECR I.

gica, puede verse afectada por las tensiones y equilibrios inherentes a la construcción europea.

## II. TRANSACCIONES TRANSFRONTERIZAS, ABUSO Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE. PLANTEAMIENTO

La teoría de la evolución nos dice que a los organismos complejos se llega a través de organismos más simples. Lo que se predica de los organismos en las ciencias naturales sigue siendo cierto de las ideas, conceptos y problemas en las ciencias sociales. En los apartados siguientes indicamos los elementos más simples, que deben ayudarnos a construir las conclusiones más complejas relativas a la doctrina del abuso.

### A. LOS CASOS: SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS PROBLEMÁTICOS

**Ejemplo 1.** Varios inversores crean un vehículo societario para el desarrollo de proyectos. Constituido como SE, y registrado en Dublín, sus socios son todos españoles, así como los miembros de su consejo de administración (que se reúnen periódicamente en España); y sus activos se sitúan todos en España.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, impediría a las autoridades españolas adoptar medidas drásticas con la sociedad, como negarle la inscripción de una sucursal<sup>14</sup>, la personalidad jurídica y capacidad de actuar en juicio<sup>15</sup>, o someterla a las normas societarias españolas (por ejemplo, en materia de capital y protección de acreedores)<sup>16</sup>, a pesar de encontrarse su «sede real» en España. Sin embargo, los preceptos del Reglamento 2157/2001 sobre Sociedad Europea, establecen que el domicilio de la SE deberá estar situado en el mismo Estado miembro que su administración central<sup>17</sup>.

**Ejemplo 2.** Una sociedad española, A (adquirente) desea adquirir otra sociedad española, O (objetivo o *target*) a sus socios, también españoles. Para ello utiliza como vehículo una *company* domiciliada en el Reino Unido (SPV), la cual recibe un préstamo de un sindicato de bancos ingleses y españoles. La intención es la de adquirir O, y, a continuación, fusionarla con SPV para que así el patrimonio de O satisfaga el préstamo.

Atendiendo al análisis del artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital, esta maniobra se calificaría (o podría calificarse) como un supuesto de asistencia

14. Caso C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484.

15. C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. [2002] ECR I-9943.

16. C-161/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam e Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10195 para. 105.

17. Artículo 7 Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Además, continúa el precepto, «los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar».

financiera; y estaría, por tanto, prohibido<sup>18</sup>. En la mayoría de los casos, las autoridades británicas no someterían a escrutinio la transacción, debido, por un lado, a la restricción del régimen a los supuestos donde la sociedad que presta asistencia o su filial son cotizadas; por otro, y aún más importante, a la exigencia de que adquirente y adquirida sean una *company*<sup>19</sup>; esto es, una sociedad constituida con arreglo al Derecho inglés<sup>20</sup>; y, por otro a la amplia exención para el denominado *post-acquisition finance*<sup>21</sup>.

**Ejemplo 3.** Una SICAV se constituye con 100 partícipes, 98 de los cuales son empleados de la sociedad gestora o su depositario, y poseen 1 acción de la SICAV cada uno, mientras que los otros 2 socios, el Sr. X y su mujer, son titulares, respectivamente, del 95% y del 4,999%. La SICAV se constituye en Luxemburgo, aunque es administrada por una sociedad gestora domiciliada en España, y su depositario es español, y en ambos sitios se la conoce como «la SICAV del Sr. X». Las autoridades luxemburguesas no prestan demasiada atención a la identidad de los socios.

La norma española establece, respecto de las SICAV, que «El número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100»<sup>22</sup>, y su Exposición de Motivos hace reiteradas referencias a los «hogares españoles», «ahorro privilegiado de los inversores minoristas» o a la «protección de los inversores menos informados»<sup>23</sup>; y la norma europea que aquella transpone

18. Para simplificar estamos asumiendo la calificación del ejemplo como asistencia financiera (AF), si bien la jurisprudencia española exige una *conexión causal* entre la asistencia (en este caso, a través de la fusión y garantía de las deudas con el patrimonio de la sociedad resultante) y la adquisición de las acciones. Ver SAN de 25 de septiembre de 2008; AAP Madrid de 9 de enero de 2007. Asimismo, el artículo 35 de la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales permite la fusión precedida de compra apalancada, lo que haría pensar que la AF se permite plenamente en las condiciones del precepto (Ver SÁNCHEZ CALERO, J.; FERNÁNDEZ TORRES, I. «Fusiones Apalancadas, Asistencia Financiera y Concurso» *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* No. 14/2011, p. 109-133), salvo porque su último inciso dice que el informe de expertos debe pronunciarse sobre la existencia de *asistencia financiera*, lo que trastoca los cálculos, y lleva a concluir que la prohibición sigue existiendo, si bien mitigada de alguna manera. Ver MARTÍ MOYA, V. «El Merger Leveraged Buy-Out o fusión apalancada a la luz de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles» *Revista de Derecho Mercantil* no. 276, (2010) p. 620-624.
19. Sections 678 (1) o 679 (1) de la Companies Act 2006.
20. FERRAN, E. *Principles of Corporate Finance Law* Oxford University Press, 2008, p. 288.
21. La Section 678 (3) de la Companies Act 2006 regula los supuestos donde se ha adquirido una sociedad mediante endeudamiento, y la adquirida presta asistencia, asumiendo todo o parte de la deuda, y exige, para que se trate de una operación ilícita, que la sociedad que presta la asistencia sea cotizada *en el momento de prestar la asistencia* (*at the time the assistance is given*); lo que permitiría que, incluso siendo la *target* cotizada, se realice una operación de las denominadas LBO *public-to-private*, y deje de serlo antes de fusionarla con el vehículo endeudado.
22. Artículo 9 (4) de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.
23. El párrafo inicial de la Exposición de Motivos de la LIIC (35/2003) reza: «Al igual que en el resto de sistemas financieros desarrollados, la inversión colectiva es el canal natural para la participación de los hogares españoles en los mercados de capitales. Su doble

define los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) como aquellos «cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva, [...] de los capitales obtenidos del público»<sup>24</sup>.

**Ejemplo 4.** Tenemos un entramado societario en el que una sociedad vehículo (SPV), domiciliada en las Islas Caimán, adquiere activos titulizados de un banco español, y emite títulos de deuda respaldados por dichos activos. A su vez, estos títulos son adquiridos por otra entidad, también domiciliada en las Islas Caimán, que agrupa títulos procedentes de titulizaciones de diferentes bancos españoles, y emite otros títulos (ABCP); los cuales, a su vez, son adquiridos por otra sociedad vehículo, domiciliada en Irlanda, que adquiere los ABCP de diversas emisiones, los agrupa, y emite CDOs (o títulos similares). El proceso es estructurado, nominalmente, por un gestor de fondos de inversión alternativa, sujeto a la Directiva 2001/61/UE, y domiciliado en Reino Unido; si bien el mismo sigue las instrucciones del primer banco español; el cual utiliza el proceso para financiar su cartera crediticia.

La definición de «Fondo de Inversión Alternativa» es extraordinariamente amplia<sup>25</sup>; pero no cubre los vehículos de propósito especial propios de la titulación<sup>26</sup>. Este tipo de vehículos también es objeto de una definición extraordinariamente amplia en la Directiva 2006/48/CE; la cual, sin embargo, precisa que la entidad es «distinta de una entidad de crédito»<sup>27</sup>; la cual se define como «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia»<sup>28</sup>. Asimismo, para los vehículos de propósito específico las normas no determinan ninguna autoridad competente, puesto que no están regulados; para los GFIA establecen la competencia de las autoridades del estado del domicilio, sin más exigencias<sup>29</sup>; y para

condición de fórmula de financiación desintermediada y de instrumento de ahorro privilegiado de los inversores minoristas la convierten en un sector de atención prioritaria para la política financiera española. En efecto, el buen funcionamiento de la inversión colectiva tiene implicaciones directas para los dos objetivos fundamentales de la política financiera: la eficiencia en la asignación del ahorro a las oportunidades de inversión y en la gestión de riesgos y la protección a los inversores menos informados».

24. Artículo 1 (2) (a) de la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM).
25. El artículo 4 (1) (a) de la Directiva GFIA establece que «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: "FIA": todo organismo de inversión colectiva, así como sus compartimentos de inversión que: i) obtenga capital de una serie de inversores para invertirlo, con arreglo a una política de inversión definida, en beneficio de esos inversores, y ii) no requiera autorización de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2009/65/CE;».
26. Artículo 2 (3) (g) Directiva GFIA.
27. El artículo 4 (44) de la Directiva 2006/48/EC define: «entidad especializada en titulizaciones (SSPE): fideicomiso de empresas u otra entidad distinta de una entidad de crédito organizado para efectuar una o varias titulizaciones, cuyas actividades se limitan a las propias de tal objetivo, cuya estructura pretende aislar las obligaciones de la SSPE de las obligaciones de la entidad de crédito originadora y cuyos titulares de participaciones pueden pignorar o intercambiar sus participaciones sin restricción;».
28. Artículo 4 (1) (a) de la Directiva 2006/48/EC.
29. El artículo 4 (1) (q) de la Directiva GFIA define «Estado miembro de origen de un



las entidades de crédito, la de las autoridades del domicilio, con la exigencia de que sea el Estado de la administración central<sup>30</sup>.

## B. LAS HIPÓTESIS: QUÉ DUDAS JURÍDICAS SE EXTRAEN DE LOS PROBLEMAS FÁCTICOS

¿Podrían exigir las autoridades españolas que la SE esté domiciliada en España, en el Ejemplo 1? ¿Podrían los tribunales españoles controlar la legalidad de la transacción financiera en el Ejemplo 2? ¿Podrían las autoridades españolas del mercado financiero, en conjunción con las tributarias, intervenir la SICAV, y declarar que no se trata de una verdadera institución de inversión colectiva en el Ejemplo 3? ¿Podrían las autoridades supervisoras españolas exigir a los diversos vehículos y gestores el cumplimiento de las normas españolas en materia de titulización<sup>31</sup> (que no transponen normas comunitarias) así como en materia de gestores de AIFs (cuando transpongan la norma comunitaria), o en materia de entidades de crédito (resultantes de la transposición de la Directiva 2006/48/CE) y la sumisión a su supervisión, según entiendan que se trata de un vehículo de titulización, un *hedge fund* o una verdadera entidad de crédito, que tratan de evadir la norma española en el Ejemplo 4?

Todas estas preguntas plantean el problema básico de cada uno de los ejemplos. Pero el más somero de los exámenes revela que, para dar una solución, es preciso responder antes otras preguntas relacionadas con el abuso. En concreto ¿plantean, o podrían plantear, los casos descritos problemas de abuso del Derecho? ¿Abuso del Derecho nacional, o abuso del Derecho europeo? ¿Cuáles son los elementos que determinarían la existencia de abuso? ¿Qué órgano debe evaluarlos? ¿Cuáles serían las consecuencias si se entendiese que existe abuso?

GFIA»: el Estado miembro en el que el GFIA tenga su domicilio social;". La competencia no se verá afectada por la situación del fondo gestionado. El apartado (p) del mismo artículo 4 (1) define: "Estado miembro de origen de un FIA»: i) el Estado miembro en el que el FIA esté autorizado o registrado con arreglo a la normativa nacional aplicable, o en caso de autorizaciones o registros múltiples, el Estado miembro en el que el FIA haya sido autorizado o registrado por primera vez, o ii) si el FIA no hubiera sido autorizado ni registrado en un Estado miembro, el Estado miembro en el que el FIA tenga su domicilio social u oficina principal;"; pero, al tratarse de una Directiva que regula los gestores, y no los fondos, un gestor podrá gestionar y comercializar fondos situados en el territorio de otro Estado, sin que por ello cambie la competencia de las autoridades supervisoras de su Estado de origen. Ello salvo que el gestor esté domiciliado fuera de la UE, en cuyo caso serán las autoridades competentes del "Estado de referencia" (artículo 4 (1) (q) segundo inciso de la Directiva GFIA), que podrá ser el Estado donde estén domiciliados los fondos, la mayoría de los fondos, donde se gestione la mayoría de activos, donde se comercialicen los fondos, o la mayoría de los fondos, dependiendo de la situación, determinada de acuerdo con las reglas, kafkianas rayando en lo cómico, del artículo 37 (4) de la Directiva.

30. Artículo 11 (2) (a) de la Directiva 2006/48/CE.

31. Principalmente, la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria; y el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización.

Y, a su vez, estas preguntas más concretas nos obligan a plantear cuestiones relativas a la propia noción de abuso en el plano del Derecho de la Unión Europea. En concreto, ¿es posible utilizar los precedentes de otras ramas del Derecho para estudiar los casos de abuso en el plano del Derecho Mercantil? En otras palabras, y formulado de manera más genérica ¿Existen una doctrina del abuso, o muchas doctrinas del abuso?

Los ejemplos anteriores, y las preguntas que plantean permiten alcanzar una temprana conclusión: al menos para poder concluir sobre todas y cada una de las cuestiones anteriores, incluyendo la última, es preciso prestar atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre otras materias. A partir de ahí, sólo tendrá sentido realizar las mismas divisiones o distinciones académico-científicas que la jurisprudencia del propio Tribunal. En otras palabras, *ubi curia non distinguit, nec nos distinguere habemus*.

### C. LA MUESTRA: LA DOCTRINA DEL ABUSO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Si bien toda clasificación de la jurisprudencia del Tribunal está llamada a resultar simplista e incompleta, una primera aproximación debe pasar por ordenar el objeto de análisis. A tal efecto, dentro de la evolución de la jurisprudencia, podemos distinguir:

(1) Una primera etapa, de «infancia», donde existían profundas dudas y desacuerdos sobre el mercado único y sus libertades, la armonización de numerosas áreas del Derecho era sólo un proyecto, y los aspectos transfronterizos seguían siendo terreno de los Estados. El lenguaje del Tribunal es cauto y respetuoso con estas parcelas de soberanía. A la hora de enjuiciar las medidas anti-abuso estatales, por tanto, se centra en un «núcleo duro» de principios incontrovertibles, como la libre circulación de trabajadores (*Sylvie Lair c Universität Hannover*,<sup>32</sup> *Knoors*<sup>33</sup>, *Segers*<sup>34</sup>), la unión aduanera y la prohibición de medidas de efecto equivalente a las restricciones a la importación/exportación o las restricciones a la competencia (*Leclerc c au Bleu vert*)<sup>35</sup>; o la exigencia de no discriminación (*Factortame*)<sup>36</sup>, y se enfrenta a supuestos de medidas estatales notablemente toscas (*van Binsbergen*)<sup>37</sup>.

32. Caso 39/86 *Sylvie Lair v Universität Hannover* [1988] ECR I-03161.

33. Caso 115/78 *J. Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken* [1979] ECR 399.

34. C-79/85 *D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekering-swezen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR I-02375.

35. C-229/83 *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et al v SARL Au blé vert et al* [1985] ECR I.

36. C-221/89 *The Queen v The Secretary of State for Transport, ex p Factortame Limited et al* [1991] ECR I-3905.

37. Caso 33/74 *van Binsbergen v Bestuur van Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299. Se analiza la exigencia de que un procurador o mandatario procesal, para prestar sus servicios en el territorio de un Estado, deba disponer de establecimiento en el territorio de dicho Estado. El Tribunal entendió que, por la peculiar naturaleza del servicio, tenía sentido la aplicación de las normas internas sobre ejercicio de la profesión (organización, capacitación profesional, deontología...) pero que la exigencia de residencia en el territorio no tenía nada que ver con la garantía de buen funcionamiento del sistema de justicia cuando la actividad profesional goza de un régimen de

Fuera de este terreno el Tribunal es deferente con los Estados, y llega a afirmar que, en aquellas materias donde no exista consenso en cuanto a la determinación del Estado competente para regularla, el Derecho comunitario no puede entrar a hacerlo mediante la aplicación de las libertades de mercado (*Daily Mail*)<sup>38</sup>. La postura del Tribunal en materia de abuso en esta etapa es coherente con lo que se ha relatado. El Tribunal reconoce la «situación de abuso», como una circunstancia o conjunto de hechos que permiten a un Estado extender sus competencias normativas, y adoptar una serie de medidas que pueden suponer restricciones (*van Binsbergen*<sup>39</sup>, *Knoors*<sup>40</sup>, *Leclerc au Bleu vert*<sup>41</sup>, *van de Bijl*<sup>42</sup>, *Paletta*<sup>43</sup>, *Veronica*<sup>44</sup>, *TV10*<sup>45</sup>...) No reconoce, sin embargo, una «doctrina del abuso», como tal.

(2) El segundo periodo momento de la jurisprudencia del Tribunal, de «adolescencia» o «juventud», y, por consiguiente, inconformista y contestatario, comienza en algún punto de los años 90; quizás en el momento en que las implicaciones del Tratado de la UE son suficientemente «digeridas», y la Comi-

libertad, y existen medidas menos severas, como la designación de un domicilio a efectos de notificaciones judiciales (*van Binsbergen* paras.[13]-[17]).

38. Caso C-81/87 *The Queen y H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, [1988] ECR 5505 paras. [20]-[23].

39. *van Binsbergen* para. [13].

40. *Knoors* para. [25].

41. *Leclerc c Au blé vert* para. 26.

42. Caso 130/88 *van de Bijl v Staatssecretaris van Economische Zaken* [1989] ECR 3039. El Sr. van de Bijl recibió formación en los Países Bajos durante varios años, que le cualificaba como pintor, pero no le permitía desarrollar esta actividad por cuenta propia (sí por cuenta ajena). No obstante, con esa formación inscribió una sociedad en el Reino Unido para dedicarse a la actividad por cuenta propia, y solicitó en los Países Bajos el reconocimiento de esta posibilidad, sobre la base del certificado expedido por las autoridades británicas. Los Países bajos denegaron la petición, argumentando que, en el periodo durante el cual el individuo había supuestamente desarrollado su actividad en Gran Bretaña, había, en realidad, estado trabajando en los Países Bajos. En este contexto, el Tribunal afirmó que «el Estado miembro receptor no puede ignorar los hechos sobrevenidos en su propio territorio y directamente pertinentes respecto al carácter real y efectivo del periodo de actividad profesional cubierto en el Estado miembro de procedencia»; y, además, «que no se puede privar al Estado miembro receptor del derecho de adoptar disposiciones destinadas a impedir que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios que pretende garantizar la Directiva sean utilizadas por los interesados con objeto de sustraerse a las normas profesionales exigidas a sus nacionales». *Ibid* para. [26].

43. C-206/94 *Brennet AG contra Vittorio Paletta* [1996] ECR I-02357, paras. 23-28. El Tribunal entendió que un empresario podía presentar pruebas que pusieran en cuestión los certificados de enfermedad emitidos por autoridades italianas a varios miembros de una misma familia, para demostrar que la baja solicitada era abusiva.

44. C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513, para. 12. La ley Mediawet holandesa intentaba establecer un sistema de radio y televisión pluralista, y prohibía a los receptores de ayudas públicas desviar fondos para actividades comerciales, algo que, aparentemente, la entidad Veronica hizo, al establecer una sociedad en Luxemburgo para la provisión de contenidos audiovisuales en los Países Bajos.

45. C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4824. Caso similar a Veronica.

sión adopta un papel más activista, y el Tribunal una actitud significativamente menos deferente.

De esta fase son *Centros*<sup>46</sup>, y su progenie (*Überseering*<sup>47</sup> e *Inspire Art*<sup>48</sup>); y buena parte de la jurisprudencia europea sobre fiscalidad directa (*Metallgesellschaft*<sup>49</sup>, *ICI*<sup>50</sup>, *Lankhorst-Hohorst*<sup>51</sup>, etc.); que han transformado el panorama del Derecho de empresas y grupos, y la manera en que los Estados piensan en ellos. En cuanto al abuso, es la etapa más intransigente con el abuso como límite a los derechos. Si bien se formula por primera vez en el plano teórico el abuso como fuente de restricciones, o argumento para reforzarlas, en la práctica el Tribunal declara sistemáticamente contrarias al Derecho europeo las medidas estatales anti-abuso; y, más importante, por primera vez se afirma de manera categórica (en *Centros*) que el uso de una libertad para eludir la aplicación de una norma no es, de por sí, abusivo<sup>52</sup>.

(3) En un tercer momento, de «madurez», aunque no ha terminado la tarea de desbroce, se han despejado muchos obstáculos; y se ha comenzado a «re-regular», armonizando parcelas enormes del ordenamiento. Resulta dudoso, sin embargo, el estatus de los principios que servían de base a las reglas cuando éstas eran estatales, pero que, una vez, re-territorializadas, carecen de reconocimiento expreso; y resultan cruciales para dirimir los casos dudosos, o apreciar la existencia de abuso.

El primer paso ha sido la formulación, en *Emsland Stärke*<sup>53</sup> y *Halifax*<sup>54</sup>, *Marks & Spencer*<sup>55</sup> y *Cadbury Schweppes*<sup>56</sup>, o *Kofoed*<sup>57</sup> de una doctrina del abuso con tintes propios, que exige un nuevo esfuerzo de introspección en el propósito y finalidad de las normas europeas.

La división cronológica no implica la división en compartimentos estancos. La jurisprudencia más significativa de cada etapa arranca de líneas de pensamiento arraigadas más atrás. *Centros*, el buque insignia de la etapa más activista e intransigente del Tribunal hacia los Estados, arranca directamente del caso *Segers*, situado en la etapa anterior al TUE y al Acta Única Europea. El caso

46. Caso C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484.

47. C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. [2002] ECR I-9943.

48. C-161/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam e Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10195.

49. C-397/98 *Metallgesellschaft Ltd y otras Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd (asunto C-410/98)*, y *Commissioners of Inland Revenue* [2001] ECR I-1760.

50. C-264/96 *ICI y Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1998] I-4711.

51. C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH y Finanzamt Steinfurt* [2002] ECR I-11802.

52. C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484, para. 27.

53. Caso C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569.

54. Caso C-255/02 *Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609.

55. Caso C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] ECR I-10837.

56. Caso C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I-7995.

57. Caso C-321/05 *Hans Markus Kofoed y Skatteministeriet* [2007] ECR I-5795.

*Emsland Stärke*, que sienta las bases de la tercera etapa, se decide un año después que *Centros*, y antes que buena parte de la jurisprudencia más «activista» del Tribunal (*Überseering*, *Inspire Art*, *Lankhorst-Hohorst*, *X&Y*, *Thin Cap*, etc.). Las doctrinas o líneas jurisprudenciales del Tribunal no nacen, pues, perfectamente formadas, y por oposición a las anteriores, sino que se gestan, crecen, y conviven entre ellas, en una especie de ecosistema; lo que convierte su estudio en una tarea más compleja, pero también más interesante.

Asimismo, las posibles disonancias no se deben únicamente al «solapamiento» o a la visión evolutiva de la jurisprudencia del Tribunal, sino a la circunstancia de que los diferentes casos tratan con diferentes conjuntos de hechos. Así, aunque, como trabajo académico, el presente trate, una vez más, de construir un hermoso edificio conceptual, la función del Tribunal es la de resolver disputas y problemas concretos<sup>58</sup>, y, por más que se pueda discrepar del mismo, y criticarlo, es preciso reconocer que es fiel a su función, y la desempeña bien.

### III. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: UNIDO EN LA DIVERSIDAD

Puesto que hablar del abuso del Derecho es hablar del Derecho mismo, y el Derecho europeo es propenso a los equilibrios imposibles, no es sorprendente que la doctrina del abuso europea posea cierta ambivalencia, que ha conducido a cuestionar si, realmente, nos encontramos ante una o varias doctrinas del abuso. Aunque suponga confirmar el cliché «conciliador» de las soluciones europeas, el presente trabajo sostiene la sempiterna «tesis mixta»; por la sencilla razón de que, en opinión del autor, refleja más ajustadamente la postura del Tribunal, tesis que denominamos de «unidad en la diversidad». En el primer apartado, pues, comenzamos por exponer los elementos unitarios de la doctrina

58. En este sentido, hacemos nuestra la afirmación de Ruiz Almendral, cuando, hablando en el contexto de la «armonización negativa» del Tribunal, destaca que su carácter incompleto y «parcheado» no es atribuible al TJUE, sino, más bien, a las circunstancias de los Estados (y Comisión) que deciden si traer la cuestión al Tribunal, y cómo formularla (y destaca el carácter reacio de los tribunales españoles). En sus propias palabras: «La "armonización negativa" que se lleva a cabo mediante un desarrollo jurisprudencial adolece necesariamente de incoherencias y asimetrías. Hasta cierto punto esto es inevitable, pues el Tribunal decide sobre la base de los casos que son admitidos. En el caso de la cuestión prejudicial, éstos son a su vez seleccionados previamente por los Tribunales domésticos de los distintos Estados, que no siempre aceptan plantear la cuestión prejudicial. Los tribunales españoles, en particular, son a menudo reacios a emprender este procedimiento. En efecto, pese a que la Comisión europea viene desempeñando un papel relativamente activo, en particular en los últimos tres años, a la hora de denunciar infracciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa y libertades fundamentales, nadie debe llamarse a engaño: si España no ha resultado condenada en más ocasiones ante el TJCE es porque la vía más frecuente de denuncia de los sistemas tributarios, la cuestión prejudicial, es utilizada de manera estricta y limitada por nuestros tribunales». Ver RUIZ ALMENDRAL, V. «La tributación del no residente comunitario: entre la Armonización fiscal y el Derecho tributario internacional» *EUI Working Papers Law* 2008/25, p. 4.

del abuso. En el siguiente, pondremos de manifiesto cómo las características plásticas de la doctrina permiten cierta «diversidad» de enfoques, dependiendo del problema de fondo examinado, sin por ello perder la unidad. En el último examinaremos cómo la propia configuración permite poner coto al potencial expansivo de esta plasticidad, con el objetivo de preservar los derechos individuales.

#### A. EL CONCEPTO DE ABUSO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

##### 1. *Los elementos objetivo, subjetivo y teleológico de la doctrina y su carácter unitario. El carácter distintivo del elemento teleológico*

Para extraer conclusiones en materia de la jurisprudencia sobre abuso del TJUE es preciso comenzar aislando, de manera acrítica o empírica, los elementos necesarios para apreciar su existencia. En este sentido, las decisiones donde se ha tratado el problema del abuso<sup>59</sup> han exigido la presencia de un:

(1) Elemento objetivo, consistente en una estructura que permite aprovechar la norma en cuestión; de modo que, *a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa*<sup>60</sup>. Por ejemplo, en el plano transfronterizo las estructuras abusivas tienen «forma de U», de modo que donde el «abusador» consigue una presencia, más o menos artificial, en un estado, y «vuelve» a otro estado para desarrollar la operación económica (prestación de servicios<sup>61</sup>, actividad comercial de una sociedad<sup>62</sup>, distribución de bienes<sup>63</sup>...) aprovechando la norma comunitaria (libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, control por el país de origen, ayudas a la exportación...).

(2) Elemento subjetivo, consistente en *la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención*<sup>64</sup>.

La similitud de ambos elementos genera confusión, pues el elemento subje-

59. Especialmente, *Emsland Stärke* y las resoluciones posteriores que adoptan esta postura, como *Halifax* o *Kofoed*. No obstante, los mismos elementos, equivalentes, si bien no formulados de manera tan explícita. Ver también *Van Binsbergen*; C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513; *TV 10*, *Halifax*, *AG Stix-Hackl* en *Fidium Finanz*.

60. C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569 para. 52.

61. C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513, *TV 10*.

62. C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484, C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. [2002] ECR I-9943, C-161/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam e Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10195.

63. Caso C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569.

64. *Ibid.* Ver también *Van Binsbergen*; C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513; *TV 10*, *Halifax*, *AG Stix-Hackl* en *Fidium Finanz*.

tivo, la finalidad de las actividades, *no debe confundirse con la intención subjetiva de quienes participan en tales actividades*, y, además, *ha de determinarse objetivamente*<sup>65</sup>; de modo que la determinación del resultado contrario a la norma (elemento objetivo) se encontrará muy estrechamente unida a la determinación de la voluntad de perseguir ese resultado, frente a otros resultados que se consiguen con la misma actividad (elemento subjetivo). De ahí que ambos elementos se encuentren indisolublemente unidos a otros dos, que dotan al abuso de su operatividad.

(3) Por un lado, probar propiamente la intencionalidad es imposible en ausencia de una declaración expresa del sujeto; de modo que la voluntad evasiva debe inferirse de los propios elementos objetivos<sup>66</sup>; y, en este sentido, el problema del elemento subjetivo consiste, fundamentalmente, en la distribución de la carga de la prueba<sup>67</sup> (esto es, qué debe probarse para demostrar la voluntad de abusar).

(4) Por otro, y último, tanto el elemento objetivo (elementos de hecho) como el subjetivo (intencionalidad) se catalizan a través del elemento finalista, o teleológico; es decir, el resultado alcanzado debe ser contrario al propósito de la norma<sup>68</sup>. En este sentido, la relevancia del juicio de impropiedad, artificialidad o inadecuación<sup>69</sup> no reside tanto en la voluntad del abusador; como en la voluntad del legislador (comunitario o nacional)<sup>70</sup> que estableció la norma, y

65. Halifax opinión AG para. 87.

66. TV 10.

67. Así lo expresó la Comisión en su alegato en el caso C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569 para. 39, donde lo contempla como un tercer elemento, independiente del objetivo y subjetivo. El TJUE, a pesar de recoger sólo los elementos objetivo y subjetivo, lo hace en los siguientes términos, afirmando que el abuso: «*Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención. La existencia de dicho elemento subjetivo puede acreditarse, en particular, mediante la prueba de una colusión entre el exportador comunitario beneficiario de las restituciones y el importador de la mercancía en el país tercero*». Ibid para. 53.

68. C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569 para. 52.

69. C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513; C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569; C-255/02 *Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609 para. 81; C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] ECR I-10837, para. 57; C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I-7995 para. 51.

70. Ver Opinión AG Poiares Maduro en Halifax paras. 68-71; Opinión del AG Alber en *Emsland-Stärke* para. 69; Caso C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569 para. 52; Opinión del AG Tizzano en C-200/02 *Zhu y Chen* [2004] ECR I-0000, paras. 114-115; C-373/97 *Dionysios Diamantis y Elliniko Dimosio, Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)* [2000] ECR I-1723 para. 33; C-441/93 *Pafitis y otros* [1996] ECR I-1347, para. 68; C-367/96 *Alexandros Kefalas y otros y Elliniko Dimosio (Estado helénico), Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)* [1998] ECR I-2862, para. 22; AG La Pergola en Centros para. 20, C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484 para. 27. Ver también KJELLGREN, A. «On the Border of Abuse» *European Business Law Review* (2000) p. 192-193.

que sirve para determinar el «grado» en que dicho propósito se ha visto socavado, y la «legitimidad» y «proporcionalidad» de la reacción del legislador consistente en la privación de la protección de la norma de cobertura.

Esta distinción nos conduce a la pregunta fundamental de si hablamos de una sola, o de varias doctrinas. En el presente trabajo sostenemos que la doctrina es una; pero que el elemento finalista, o teleológico, permite diversos enfoques, dependiendo de la naturaleza de la norma, su importancia, y su versatilidad para una interpretación finalista, sin que varíe la doctrina misma del abuso. Y, en este sentido, resulta preciso traer a colación, la idea fundamental, manejada en las opiniones de los AG en *Kefalas* y *Halifax*; que afirma que:

*«todo ordenamiento jurídico que aspire a una mínima exhaustividad debe contener las medidas, por así decirlo, de autoprotección para evitar que los derechos que confiere sean ejercitados de forma abusiva, excesiva o distorsionada. Semejante exigencia no es en modo alguno ajena al Derecho comunitario»*<sup>71</sup>.

Es decir, el abuso es una doctrina, o principio general del Derecho europeo, pero *no* es un principio *autónomo*; sino subordinado a su *función*, llamémosla «inmunológica» de protección del ordenamiento. En este sentido, trata de asegurar la efectividad del mismo, y bajo este punto de vista, encuentra en Derecho europeo claros paralelismos con el principio de «efecto útil». Esta funcionalidad supone que el principio del abuso del Derecho se ajuste a las necesidades de las normas a las que acompaña y protege; lo que, veremos, explica buena parte de las aparentes paradojas de la doctrina.

## 2. Las garantías frente a la «vis expansiva» de la doctrina del abuso

Si, como apuntábamos antes, hablar del abuso es hablar del Derecho mismo, pues el Derecho nace como respuesta a un abuso, otro principio, newtoniano por lo invariable, es que la corrección interpretativa de una norma como resultado de su abuso genera, a su vez, un abuso en sentido contrario; el cual, de no encontrar límites, puede coartar de forma intolerable y arbitraria los derechos individuales del sujeto (el abuso del abuso). Por tanto, articulados los fundamentos de la doctrina del abuso europea, y constatada su versatilidad y plasticidad, debemos atender a los límites del abuso, que ponen coto a la cara menos amable de dicha plasticidad. Y ello, en dos partes: primero, atendiendo a las garantías de «proceso» (juicio *ex ante*, sobre el proceso a través del cual se llega a la conclusión de que existe abuso) y garantías de «resultado» (juicio *ex post*, sobre su justicia y proporcionalidad).

### a. Garantías de «proceso»

Desde la formulación explícita del abuso como un principio general del Derecho europeo en *Halifax* ha estado presente la necesidad de limitar su operatividad a casos excepcionales, y contrarrestarla con otros principios. La opinión

71. Ver Opinión del AG Tesouro, caso C-367/96 *Kefalas* y otros, Rec. p. I-2843, para. 24; Opinión AG Poiares Maduro, caso C-255/02 *Halifax* Rec. p. I-1609, paras. 80 y 81.



del AG Poiares Maduro es muy clara en su propósito, como en los principios que deben de servir de contrapeso: seguridad jurídica y confianza legítima; algo de lo que hizo eco el Tribunal<sup>72</sup>. El problema reside en cómo generar certeza en una doctrina que, para cumplir su función, no puede estar absolutamente tasada y predeterminada. La opción por la que se inclinó el AG, como hemos visto más arriba, fue la de establecer una clara barrera a través del elemento subjetivo del abuso; que se definiría como un *elemento de autonomía*; es decir, si la actividad posee, o no, un fundamento distinto de la evasión de la norma<sup>73</sup>.

El Tribunal, como veíamos, no ha sido tan restrictivo, y ha formulado el test de modo que debe establecerse que el propósito evasivo era el «esencial»<sup>74</sup>, o, incluso, «principal»<sup>75</sup>. Ello se encuentra en franca contradicción con la opinión del AG en *Halifax*, según la cual, todo test que, para apreciar la existencia de abuso, entienda que no es necesario que el propósito evasivo sea el «único» posible, sino que basta con que sea el «principal» suponía conceder «un margen discrecional excesivamente amplio a las autoridades tributarias para decidir cuál de las finalidades de una determinada operación debería considerarse predominante»<sup>76</sup>.

El segundo elemento que opera como garantía de «proceso», y complementario al anterior, es la carga de la prueba; el cual, si bien debería actuar como una consecuencia de los elementos subjetivo y objetivo, puede adquirir una relevancia autónoma. Resulta especialmente relevante en aquellos casos (típicamente verticales) donde la norma específica anti-abuso nacional, ante la comprobación de una serie de circunstancias tasadas, establece la consecuencia jurídica asociada al abuso (típicamente, recalificación, aunque veremos que puede llegarse a más). El Tribunal ha tendido sistemáticamente a rechazar este tipo de normas con «disparador automático», en la forma de presunciones *iuris et de iure*<sup>77</sup>. Una cuestión para la que no existe respuesta clara, no obstante, es la de qué ocurre con las normas que establecen inversiones *parciales* de la carga de la prueba. La jurisprudencia del TJUE establece que aquéllas no vulneran *per se* el principio de presunción de inocencia<sup>78</sup>. No obstante, la exigencia de carga de la prueba en el caso de la doctrina del abuso no proviene estrictamente de este principio, sino de la necesidad de limitar la doctrina a casos excepcionales<sup>79</sup>, por lo que habrá que esperar a ulteriores desarrollos jurisprudenciales.

72. *Halifax* Conclusiones AG para. 84; *Halifax* para. 72.

73. *Halifax* Conclusiones AG para. 86.

74. *Halifax* para. 81.

75. *Part Service* paras. 43-45, y el razonamiento posterior del Tribunal.

76. *Halifax* Conclusiones AG para. 89.

77. Ver C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484 paras. 27, 29, ICI para. 26; *Lankhorst-Hohorst*; *X e Y* para. 43; *Thin Cap Group* para. 72 (verticales); *Sosnowska* para. 24; *Part Service* paras. 52, 58-63 (horizontales). El TJUE también ha entendido que las presunciones *iuris et de iure* también vulneran el principio de proporcionalidad. Ver *Garage Molenheide* para. 52.

78. Caso C-45/08 *Spector Photo Group NV y otros contra, Financie- en Assurantiewezen (CBFA)* [2009], I-12073.

79. De acuerdo con la Opinión del AG en *Halifax*, el elemento subjetivo lo es en el sentido de que «pretende verificar la finalidad de las actividades de que se trata». No obstante,

La combinación del elemento objetivo con el teleológico también actúa como un importante límite a la doctrina del abuso. Las normas europeas poseen diferente finalidad, intensidad e importancia relativa, y de ello dependerá que una actividad o transacción resulte «contraria a su finalidad». Así, mientras que en la jurisprudencia sobre Derecho derivado el Tribunal parece conceder cierto margen de apreciación al tribunal nacional sobre si el propósito evasivo es el «esencial», a la hora de concluir si el derecho ampara al sujeto<sup>80</sup>; en la jurisprudencia sobre las libertades la presencia de «cualquier actividad económica» elimina la posibilidad de entender que las libertades se han utilizado de un modo contrario a su finalidad (la ausencia de actividad se apreciaría en las denominadas «sociedades fantasma»<sup>81</sup>). Lo mismo ocurre en aquellos supuestos de Derecho derivado donde la necesidad de certeza, automatismo, y ausencia de excepciones, forma parte del engranaje necesario para el éxito de la norma<sup>82</sup>.

Fuera de estas garantías de proceso, el elemento teleológico posee una importancia muy relevante a la hora de establecer lo que denominamos «garantías de resultado», que analizaremos a continuación; y supone, con mucho, el aspecto más complejo, consistente en sopesar distintos principios de similar importancia, adoptar decisiones de fuerte contenido político, algo a lo que dedicaremos atención en la siguiente sección<sup>83</sup>.

#### b. Garantías de resultado. El principio de proporcionalidad

En su formulación original la doctrina del abuso debía ponderarse mediante los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, que inciden en la previsibilidad del resultado. No obstante, además de este límite (de proceso) existe otro (de resultado) que deriva de la naturaleza misma del abuso. Si el abuso supone apartar puntualmente la certeza en favor de la justicia material, no solamente importa el proceso, sino que la solución sea más justa que su alternativa. La dimensión filosófico-moral de esta cuestión no es el objeto de análisis, pero sí el modo en que el Tribunal la ha llevado a cabo a través del principio de proporcionalidad.

En materia de libertades, este principio se ha plasmado en las exigencias de que una medida restrictiva, para ser admitida, sea idónea o adecuada para alcanzar el objetivo perseguido, y que no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo<sup>84</sup>. No obstante, el principio también resulta aplicable a los supuestos horizontales (por ejemplo, en materia de IVA)<sup>85</sup>. En algunos casos se ha

---

dicha finalidad «no debe confundirse con la intención subjetiva de quienes participan en tales actividades». Ver *Halifax* Opinión AG para. 87.

80. *Halifax*, Part Service.

81. *Cadbury* paras. 51-55, 64-66, 68.

82. Tipicamente, en materia de competencia judicial internacional, incluyendo los supuestos de insolvencia transfronteriza. Ver *infra* III.B.1 a y b.

83. *Infra* IV.1.

84. C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484 para. 34. *Infra* III.B.2.

85. *Sosnowska* paras. 23-24; *Molenheide y otros* paras. 46-47, 51; *Cadbury* para. 57.

relacionado el juicio de proporcionalidad con las garantías de proceso, examinadas más arriba, de forma que, por ejemplo, se ha entendido que las normas anti-abuso que establecen presunciones *iuris et de iure* resultan desproporcionadas para perseguir el abuso<sup>86</sup>.

No obstante, en general, la proporcionalidad se centra en el resultado final, y su consecuencia habitual es entender que el abuso sin otros elementos agravantes debe traer consigo sólo la re-caracterización de la situación, y la aplicación de la norma que se intentó evadir (en caso de impuestos, el devengo del mismo<sup>87</sup>; en caso de ayudas, su restitución<sup>88</sup>, en el caso de legislación administrativa, el sometimiento de los operadores a la misma<sup>89</sup> etc.). Así, en casos como *Centros*, *Überseering* o *Inspire Art* no sólo se rechazó que la actividad fuese contraria a la «finalidad» de la libertad de establecimiento, sino que las medidas empleadas para proteger el principio de Derecho estatal (típicamente, la protección de los acreedores) fuesen idóneas y proporcionadas (negativa a inscribir una sucursal, privación de personalidad jurídica, etc.).

El principio de proporcionalidad, sin embargo, sigue planteando dos problemas; uno, sobre el margen de apreciación de las consecuencias «sistémicas» del abuso; otro, sobre el margen de apreciación de las consecuencias individuales dispensadas por las normas nacionales. Ambas cuestiones se encontraban en el trasfondo del caso «R»<sup>90</sup>, sobre IVA.

La primera cuestión es qué ocurre cuando la re-caracterización de una transacción, aun sin un efecto excesivamente gravoso para el sujeto «abusador», posee efectos «sistémicos» potencialmente serios. En *R*, la consecuencia del abuso era la privación al sujeto pasivo del impuesto de la deducción del IVA; pero, a su vez, ello traía como consecuencia la percepción del impuesto por el Estado de origen, en lugar del Estado de destino de las mercancías; algo contrario al sistema de percepción en destino en las entregas intracomunitarias, y el principio de territorialidad, de la Directiva. Así lo entendió la opinión del AG, que consideró que privar del impuesto a un país (Portugal), para dárselo a otro (Alemania) no era una consecuencia coherente con la actuación fraudulenta del sujeto pasivo<sup>91</sup>. La sentencia, no obstante, no entró en estas cuestiones. Y ello a pesar de que existen precedentes en la jurisprudencia del TJUE, como los relativos al Convenio de Bruselas/Reglamento 44/2001, donde la negativa a apreciar la existencia de abuso se justificaba en el riesgo que ello suponía para el sistema de reconocimiento automático de resoluciones judiciales auspiciado por la norma<sup>92</sup>.

86. *Sosnowska* paras. 23-24; *Molenheide y otros* paras. 46-47.

87. Así ocurre en *Halifax, Part Service*.

88. *Emsland Stärke*.

89. *Verónica, TV10*.

90. C-285/09 *R*. y *Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Finanzamt Karlsruhe-Durlach*, 7 diciembre 2010.

91. C-285/09 *R* paras. 66-75 (territorialidad), 76-89 (fraude), 104-108 (proporcionalidad).

92. Ver C-406/92 «*The Tatry*» [1994] ECR I-5439; C-116/02 *Erich Gasser GmbH v MISAT srl* [ECR] I-14692; C-159/02; C-281/02 *Owusu c Jackson* [2005] ECR I-1383; *Turner v Grovit* [2004] ECR I-3565. Ver *infra* III.B.1.

Asimismo, en el caso R subyacía un problema que, por desgracia, no fue objeto de análisis, como la relación de la doctrina del abuso con el principio de legalidad, o tipicidad, penal. La cuestión prejudicial en R se había planteado en un procedimiento penal; cuya condena dependía de si (1) había abuso; y (2) el abuso conllevaba la privación de la deducción, y el devengo del impuesto<sup>93</sup>. La pregunta sobre si el fraude es sancionable es polémica. En España se entiende que no cabe la sanción en caso de fraude o abuso, donde la infracción es «atípica»<sup>94</sup>, lo mismo que en la jurisprudencia del TJUE<sup>95</sup>, pero hay opiniones contrarias, y contraejemplos de Derecho extranjero<sup>96</sup>. El Tribunal no entró en tales cuestiones en R, no se sabe si porque no formaban parte del problema, o por tratarse de aspectos puramente de Derecho interno. La pregunta que queda en el aire, no obstante, es si puede existir una diferenciación nítida entre materias de Derecho interno y de Derecho europeo, o bien la cuestión de la sanción penal debe formar parte del análisis de proporcionalidad que el Tribunal debe realizar en los supuestos de abuso.

#### B. ABUSO DEL DERECHO, EFECTO DIRECTO, Y LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO GENERAL Y LAS NORMAS ESPECÍFICAS ANTI-ABUSO

En líneas anteriores hemos entendido que el abuso del Derecho constituye una garantía de la aplicación efectiva y uniforme del Derecho europeo<sup>97</sup>. Sin embargo, este efecto útil encuentra dos obstáculos claros, indisociables de los principios de certeza jurídica y confianza legítima, y los intereses individuales que protegen.

El primero tiene que ver con la (no) caracterización del abuso como una doctrina autónoma; o, mejor dicho, con la aplicabilidad autónoma de la doctrina del abuso. Sin embargo, para responder de manera definitiva a esta pregunta corresponde valorar qué ocurre en los casos donde la norma estatal podría amparar un ejercicio abusivo de un derecho; lo que, a su vez, plantea el pro-

93. C-285/09 R para. 8, donde se caracteriza el artículo 370 de la Ley general tributaria de 1977, que establece la pena de hasta 5 años de prisión, como una «ley penal en blanco».

94. Ver, por todas, la STC 120/2005, de 10 de mayo.

95. *Emsland Stärke* para. 56; *Halifax* para. 93.

96. RUIZ ALMENDRAL, V. *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen op. cit.* p. 128 y ss., con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que entiende que la norma general anti-abuso no carece de concreción como para plantear un problema de legalidad, como tampoco lo plantea la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. En otras palabras, el que una norma precise de interpretación no la convierte en nula. *Ibid* p. 130. Ver, también, CALDERÓN CARRERO, J. M.; RUIZ ALMENDRAL, V. «La codificación de la «doctrina de la sustancia económica» en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el «sustancialismo» *Quincena Fiscal* 15-16 Septiembre I-II – 2010, p. 42, con referencia a la reforma operada en los artículos 6662, 6662A, 6664 y 6676 del *Internal Revenue Code* por la US Health Care and Education Reconciliation Act of 2010, y que incluye sanciones para los supuestos de abuso más graves, o para aquellos en los que el contribuyente no pueda probar que obró de buena fe al diseñar una determinada operación.

97. *Supra* III.1.

blema de si la doctrina del abuso impone una obligación, autónoma y directamente aplicable a los Estados y a los individuos, en virtud de la cual ni unos ni otros pueden utilizar las normas para propósitos abusivos o fraudulentos.

La respuesta a la pregunta, así formulada, es negativa, tal como indicó el Tribunal en el reciente caso 3M<sup>98</sup>. En el caso se analizaba una ley italiana que establecía el cierre, previo pago del 5% de la cuantía del litigio, de procedimientos de fiscalidad directa cuya demanda se hubiese presentado hace más de 10 años, y donde las pretensiones de la Administración tributaria hubiesen sido desestimadas en las dos primeras instancias. La ley en cuestión afectaba a una cesión de acciones en usufructo, que, según la Administración tributaria, era simulada; y, por ello, el Tribunal Supremo italiano planteó al TJUE si la legislación era contraria al principio de abuso del derecho; y, si, al margen de ello, «*existe un interés de la Unión en que los Estados miembros adopten instrumentos adecuados para la lucha contra la evasión fiscal en materia de impuestos no armonizados*»<sup>99</sup>.

El TJUE respondió que, en el asunto en cuestión, no se desprendía que los contribuyentes hubiesen utilizado una norma de Derecho de la Unión de modo abusivo o fraudulento, ni que se estuviese aplicando una norma nacional restrictiva de las libertades del TFUE, pero justificada por combatir el abuso; de modo que, ni *Halifax* ni *Cadbury* (ni sus derivados), eran aplicables<sup>100</sup>; y que tampoco existe, en el Derecho de la Unión, un principio general del que derive la obligación de los Estados miembros de luchar contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa<sup>101</sup>. Es decir, la sentencia confirmó que el principio del abuso no tiene existencia autónoma fuera de las normas a las que sirve de complemento; algo que parece coherente con su articulación<sup>102</sup>. Y, en este caso, las circunstancias (transfronterizas) subyacentes del caso no eran determinantes para el análisis de la norma interna, que era de procedimiento. Asimismo, responder de otro modo a la formulación tan amplia de la *Corte di cassazione*, podría haber convertido al abuso en la caja de Pandora para crear, *ex novo*, todo tipo de obligaciones para los Estados; de modo que la prudencia es aconsejable.

Cuestión distinta sería la de determinar el efecto directo de la doctrina del abuso. En principio parecería que, como principio general del Derecho de la Unión, el abuso del Derecho debería resultar directamente aplicable, sin más discusión. Sin embargo, esta conclusión requiere de precisiones al hilo de algunas manifestaciones realizadas por el TJUE en *Kofoed*<sup>103</sup>. En este caso se trataba de determinar si una operación tenía derecho al diferimiento fiscal de la plusva-

98. C-417/10 *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate y 3M Italia SpA*, [2012], 29 mar 2012.

99. *Ibid* para. 14, punto 2).

100. *Ibid* paras. 30-31.

101. *Ibid* para. 32.

102. *Supra* III.A.1.

103. C-321/05 *Hans Markus Kofoed y Skatteministeriet*, [2007] ECR I-5818.

lía concedido por la Directiva 90/434/CE, sobre régimen fiscal aplicable a las fusiones<sup>104</sup>. Esta Directiva contemplaba, en su artículo 11.1.a), una norma específica anti-abuso, por la cual un Estado podía negarse a conceder, o retirar, el beneficio fiscal cuando la operación tuviera «*como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal*», que Dinamarca no había transpuesto. Ello planteaba, según la opinión del AG y la sentencia, un problema, ya que la doctrina del Tribunal impide el efecto directo de las Directivas cuando éstas creen obligaciones para los particulares<sup>105</sup>.

Tanto la opinión del AG como la sentencia salvan este escollo afirmando que; puesto que, con carácter general, una Directiva, para su transposición, no exige transcripción expresa, la existencia de un test, o doctrina general anti-abuso en Derecho interno puede servir para ocupar el papel de la norma específica no transpuesta en materia de fusiones<sup>106</sup>, con la exigencia de que se interprete de manera conforme al tenor y finalidad de la Directiva 90/434 y su artículo 11<sup>107</sup>.

Al dar una de cal y otra de arena, la sentencia y la opinión evitan tener que entrar, con una profundidad excesiva, en los motivos. Para empezar, no resulta claro por qué la norma específica anti-abuso de la Directiva «crea obligaciones»<sup>108</sup>, cuando, como veremos, el abuso se configura en la jurisprudencia del Tribunal como un elemento para determinar el ámbito de aplicación de un derecho, o sus excepciones<sup>109</sup>. Ello por no hablar de la inasible doctrina del efecto directo auspiciada por el Tribunal; y que no corresponde aquí analizar<sup>110</sup>.

Asimismo, la opinión del AG Kokott sobre la relación entre normas específicas y doctrina general anti-abuso en *Kofoed* resulta abiertamente contradictoria con el enfoque seguido en la opinión del AG Poiares Maduro en *Halifax*. Para la primera, la norma específica anti-abuso es de carácter exhaustivo, y no permite la aplicación de la doctrina general<sup>111</sup>; mientras que, para la segunda, la

104. Directiva 90/434/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros.

105. *Kofoed* para. 42, y jurisprudencia citada; *Kofoed* Opinión AG, para. 66.

106. *Kofoed*, opinión AG paras. 62-64; *Kofoed* paras. 44-46.

107. *Kofoed* opinión AG para. 64; *Kofoed* para. 45.

108. *Kofoed*, opinión AG para. 66; *Kofoed* para. 42.

109. *Infra* III.B.2.

110. En el momento presente, parece que debemos aceptar la existencia de, al menos, dos doctrinas sobre el efecto directo. En obras generales, ver DE WITTE, B. «Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order». En CRAIG, P.; DE BURCA, G. *The Evolution of EU Law* Oxford University Press, 2011, p. 329-340; KACZOROWSKA, A. *European Union Law* Second edition, London: Routledge, 2011, p. 305-340. Para algunas referencias recientes más específicas, ver, entre otros, DOUGAN, M. «When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy» *Common Market Law Review* Vol. 44 (2007), p. 931-963; BECKER, F.; CAMPBELL, A. «The Direct Effect of European Directives: towards the Final Act» *Columbia Journal of European Law* Vol. 13 (2007) p. 401-426.

111. «las autoridades competentes tampoco pueden invocar frente a los particulares de forma directa un eventual principio general del Derecho comunitario que prohíba el abuso del Derecho, pues para los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/

disposición específica que permitía a los Estados inaplicar la Directiva en casos de fraude no impedía la aplicación de la doctrina general del abuso<sup>112</sup>. Sería posible conciliar ambas interpretaciones entendiendo que la Directiva de IVA no contenía una norma específica anti-abuso, sino una disposición de «inaplicación», precedida de un procedimiento de autorización, por unanimidad del Consejo (más gravoso) lo que justificaba la presencia del principio general, pero ello sigue sin justificar que la Directiva 90/434 tuviese el ánimo de excluir un principio general anti-abuso, como entendió el AG; ni la incompatibilidad de una norma específica, y otra general, anti-abuso. Puesto que las sentencias no recogieron las opiniones en toda su extensión; y, en particular, con respecto de la relación entre normas específicas y generales anti-abuso, será preciso esperar, pues, a que se aclare esta cuestión.

### C. LAS OBJECIONES AL CARÁCTER UNITARIO DE LA DOCTRINA: EL ABUSO COMO DOCTRINA UNIDA EN LA DIVERSIDAD

Sistematizados los elementos del abuso en el Derecho europeo, la postura del presente trabajo es que se trata de una doctrina unitaria, donde el elemento teleológico posee una vertiente positiva, que ayuda a definir la doctrina, y una vertiente negativa, que sirve de garantía frente a sus excesos; un papel en el que se ve auxiliado por los elementos objetivo y subjetivo de la misma (que ayudan a fijar el umbral de actuación de la doctrina, y así excluir la arbitrariedad del proceso) y por el principio de proporcionalidad (que ayuda a poner en perspectiva los resultados obtenidos con y sin la aplicación de la doctrina). Con todo, la formulación compleja de esta doctrina, unida a una aparente variedad de matices en su aplicación, es susceptible de generar objeciones respecto de la tesis unitaria. Puesto que sería imposible examinarlas todas, nos centramos a continuación en dos grandes grupos. En primer lugar, la diversidad de «umbrales» de abuso dependiendo del sector del ordenamiento que se examine. En

434 se ha especificado y concretizado este principio en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva. Si se permitiera, además, la aplicación de un principio general del Derecho, cuyo contenido es mucho menos claro y definido, existiría el riesgo de que se burlase la finalidad de armonización de la Directiva 90/434 y de que se pusiera en peligro la seguridad jurídica que ésta persigue en relación con la reestructuración de sociedades de capital. Además, de este modo se socavaría la citada prohibición de aplicar disposiciones de directivas a las que no se ha adaptado el Derecho nacional de forma directa en perjuicio de los particulares» Kofoed para. 67.

112. «no puedo estar de acuerdo con la alegación de los demandantes en los presentes asuntos de que la aplicación de un principio general que prohíbe el abuso en el marco de la Sexta Directiva debe depender de la adopción por cada Estado miembro de adecuadas medidas nacionales de lucha contra la evasión, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 27 de la Sexta Directiva. Si se aceptara esa tesis, el sistema común del IVA se convertiría en un sector jurídico peculiar en el que prácticamente cualquier comportamiento oportunista realizado por los sujetos pasivos invocando el significado literal de sus disposiciones para conseguir de modo abusivo ventajas fiscales frente a la administración tributaria tendría que ser tolerado a menos que los Estados miembros hubieran adoptado previamente medidas legislativas prohibitivas de dicho comportamiento». Halifax para. 76.

segundo lugar, la diversidad de enfoques entre los casos verticales y horizontales.

1. *La variedad de «umbrales» de abuso dependiendo del sector del ordenamiento, y la importancia de la interpretación teleológica*

- a. La plasticidad del test del abuso, y por qué restringe la presencia del principio en algunos ámbitos

Los componentes de la doctrina del abuso no son compartimentos estancos, sino vasos comunicantes, lo que puede dar lugar a confusión y equívocos. Por ejemplo, en *Centros* la presencia de la sociedad en el país de registro era prácticamente nula (elemento objetivo), y tenía como único propósito evadir la aplicación de la ley de la sede real (elemento subjetivo) con lo que ambos elementos del abuso se habrían cumplido, en los términos de *Veronica*, *TV10* o *Emsland-Stärke*, por citar algunos ejemplos. No obstante, el TJUE afirmó que:

*el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento. En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros Estados miembros es inherente al ejercicio, dentro de un mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado*<sup>113</sup>.

¿Significa que *Centros* alumbra una doctrina del abuso distinta a la de *Veronica*, *TV10*, *Emsland Stärke*, y tantas otras? Entendemos que no. Significa que, dentro del test del abuso; la pregunta relevante no es si se demostró la voluntad, sino *cuál* era el propósito de la norma (elemento teleológico). Y en *Centros*, el elemento teleológico tenía dos partes: primero, si la estructura era contraria a la libertad de establecimiento (no); segundo, si la restricción estaba justificada por los fines protegidos por la norma nacional (tampoco). Si, de manera precipitada, nos centrásemos exclusivamente en los elementos objetivo y subjetivo de manera aislada, concluiríamos que existen distintos «test anti-abuso»; o que existe una «voluntad evasiva legítima». Más bien, lo que *Centros* pone de manifiesto es la existencia de diferentes principios, propósitos y prioridades legislativas, con distinta intensidad y relatividad interpretativa.

De hecho, en *Halifax* también encontramos un razonamiento similar al de *Centros*; cuando se afirma que «el sujeto pasivo tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que limite su deuda fiscal», pero el razonamiento se encuentra mejor estructurado, pues a lo anterior sigue inmediatamente la afirmación de que: «la comprobación de que existe una práctica abusiva exige, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes [...], las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perse-

113. *Centros* para. 27.



guido por tales disposiciones» y que «Por otra parte, de un conjunto de elementos objetivos también debe resultar que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal»<sup>114</sup>. Así, mientras que en *Centros* la urgencia por justificar la transacción conduce a un razonamiento menos depurado, en *Halifax* se destila una perspectiva mejor armada del abuso, que conecta expresamente sus distintos elementos, usando el teleológico como pivote.

Este énfasis en el elemento teleológico también sirve para contrarrestar un segundo argumento de las tesis «disgregadoras»; esto es, la afirmación de que el principio del abuso sólo tiene cabida en algunos ámbitos del Derecho de la UE, como la fiscalidad (indirecta, en este caso) pero no en otros, como la competencia judicial en materia civil<sup>115</sup>, o el derecho de residencia y la ciudadanía de la Unión<sup>116</sup>. En materia de competencia judicial, por ejemplo, el Tribunal parece haber sido tajante en su interpretación estricta de la exigencia del artículo 21 del Convenio de Bruselas (27 del Reglamento 44/2001) en materia de litispendencia de que cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados contratantes distintos, el tribunal ante el que se formule la segunda demanda tiene la obligación de suspender de oficio el procedimiento hasta que el tribunal de la primera demanda no se pronuncie, y de inhibirse si el otro se declara competente; incluso en casos donde la primera demanda se presenta con el propósito de dilatar el procedimiento<sup>117</sup>.

Pero la conclusión no es que la doctrina del abuso no tenga cabida en este ámbito, sino que la economía procesal no justifica la falta de respeto a la soberanía que supone que un tribunal juzgue sobre la competencia de otro que ya está decidiendo sobre la materia<sup>118</sup>, ni el desmantelamiento, por vía de excepción, del sistema de reconocimiento mutuo automático, del Convenio/Reglamento, basado, a

114. *Halifax* paras. 73-75. Ver también *Weald Leasing* paras. 27-30; *RBS Deutschland Holdings* para. 49; *Part Service* paras. 42-45.

115. Ver BRIGGS, Adrian «The Rejection of Abuse in International Civil Procedure». En DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S. *Prohibition of Abuse of Law* cit. p. 261-279.

116. Asunto C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department (Chen)* [2004] ECR I-9951.

117. El famoso «torpedo italiano» donde se presenta una demanda ante tribunales italianos, aunque sean otros los competentes, sólo porque aquéllos tardan en decidir sobre su competencia. Ver C-406/92 «*The Tatry*» [1994] ECR I-5439; C-116/02 *Erich Gasser GmbH v MISAT srl* [ECR] I-14692; C-159/02; C-281/02 *Owusu c Jackson* [2005] ECR I-1383; *Turner v Grovit* [2004] ECR I-3565.

118. CUNIBERTI, G. «The Discreet Influence of Abuse of Law in International Civil Procedure». En DE LA FERIA, Rita; VOGENAUER, Stefan *Prohibition of Abuse of Law* op. cit. p. 287. La decisión sobre la jurisdicción de los tribunales de otro Estado puede constituir una injerencia en asuntos internos. Ver ALFORD, Roger P. «The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California» *Virginia Journal of International Law*, Vol. 34, Issue 1 (Fall 1993), p. 225, 231; GLIOLI, E. «Defining Jurisdictional Limits in International Antitrust: Should the EEC Adopt the Timberlane Approach» *Fordham International Law Journal*, Vol. 5, Issue 2 (1981-1982), p. 476; GIERBOLINI, L. The Helms-Burton Act: Inconsistency with International Law and Irrationality at Their Maximum *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 6, Issue 2 (1997), p. 301-302. Ver, asimismo, *American Banana Corp. v United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909), citando a *Philips v Eyre*, L.R. 6, Q.B. 1, 28 (1870).

su vez, sobre la confianza mutua<sup>119</sup>, cuyo éxito reside en la ausencia de excepciones. Las interpretaciones de «sustancia sobre forma» son posibles, pero en manos del tribunal ante el que se presente la primera demanda<sup>120</sup>; y ello no debido a un afán «literalista», sino a la interpretación finalista de las normas implicadas<sup>121</sup>.

En el ámbito de los derechos de residencia y el estatuto de ciudadanía de la Unión, el Tribunal rechazó, en el caso *Chen*, las alegaciones del Reino Unido, que afirmaba que la Sra. Chen había dado a luz a su hija en Irlanda del Norte, con el propósito abusivo de *crear las condiciones necesarias para que la hija que iba a nacer adquiriera la nacionalidad de otro Estado miembro con el fin de obtener a continuación, para la niña y para ella, un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido*<sup>122</sup>. Pero esta conclusión, nuevamente, no se basa en la ausencia de la doctrina del abuso, sino a que, en este caso, su admisión habría permi-

119. Considerandos (16) y (17) del Reglamento 44/2001; *Gasser c MISAT* para [72]; *Turner c Grovit* paras. [24]-[26].
120. En C-106/95 *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) c Les Gravières Rhénanes SARL* [1997] ECR I-911, paras 33-34 se interpreta que el lugar de ejecución del contrato, a los efectos de determinar la jurisdicción, es el lugar de ejecución efectivo, no el designado como tal por las partes; pues, en caso contrario, las partes podrían evadir los límites a las cláusulas de foro competente «recalificándolas» como cláusulas de designación del lugar de ejecución. En C-189/87 *Athanasios Kalfelis c Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co. et al* [1998] ECR 5565 el Tribunal entendió que, para aplicar el artículo 6 (1), que, en presencia de varios demandados, permite demandar a todos ante los tribunales del domicilio de uno de ellos, debía existir una *conexión efectiva* entre las reclamaciones, pues, en caso contrario, la disposición podía utilizarse para demandar conjuntamente a partes sin relación sólo para excluir la competencia de los tribunales de otro Estado. La modificación posterior del artículo 6 (1), que exige el elemento objetivo de una *relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables*, ha sido interpretada por el Tribunal en C-98/06 *Freeport plc c Olle Arnoldsson* [2007] ECR I-8319, en el sentido de que el demandante no tiene por qué demostrar que la acumulación no se hace con el propósito de privar de competencia a otros tribunales; lo cual, considerando que se trata de una *probatio diabolicae*, no parece indicativo de la voluntad de excluir el abuso, sino de un saludable sentido común.
121. Y así lo refleja la jurisprudencia. En *Gasser c MISAT*, el Tribunal afirma, como el argumento definitivo que excluye las pretensiones de *Gasser*, que la confianza mutua que inspira el sistema del Convenio es lo que excluye la posibilidad de inaplicar la disposición en función de si los tribunales invierten, o no, mucho tiempo en sus decisiones. Asimismo, en *Turner c Grovit*, después de afirmar el Tribunal que la apreciación por el tribunal de un país A de que una de las partes había recurrido abusivamente al procedimiento en el país B era una manera indirecta de enjuiciar la competencia de los tribunales de B, afirmó que *«tal valoración es contraria al principio de confianza mutua que, como se ha recordado en los apartados 24 a 26 de la presente sentencia, constituye la base del Convenio y que prohíbe al juez, salvo en casos especiales no aplicables al asunto principal, controlar la competencia de un juez de otro Estado contratante»*. *Turner c Grovit* para. [28].
122. C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department (Chen)* [2004] ECR I-9951 para. 36. En este caso, la Sra. Chen se beneficiaba de que, tanto Irlanda como Reino Unido otorgan su nacionalidad a los ciudadanos de Irlanda del Norte, pero, mientras que el Reino Unido establecía restricciones, Irlanda se basaba en el criterio del *ius soli* (lugar de nacimiento), de modo que la niña nacida en Irlanda del Norte, como nacional irlandesa, pasaba a gozar del derecho de residencia de larga duración en el Reino Unido.

tido, por un lado, la injerencia de un Estado en la política de concesión de nacionalidad de otro Estado<sup>123</sup>; y, por otro, una limitación desproporcionada del derecho fundamental a la libertad de circulación<sup>124</sup>.

Es decir, una vez se hace pivotar la doctrina del abuso sobre la interpretación teleológica, como elemento distintivo, no sólo concluimos que no existen argumentos convincentes para negarle su carácter «general» o «transversal». También observamos que su presencia se expande, fuera incluso de los supuestos donde se utiliza la etiqueta del «fraude» o «abuso», y abarca aquellos donde se realiza una interpretación «de sustancia», para alcanzar una solución acorde con el propósito de la norma<sup>125</sup>.

Ello supone obviar, hasta cierto punto, la distinción entre «interpretar» una disposición, y concluir que su ámbito de aplicación «natural» no abarca la situación enjuiciada, por un lado; e «inaplicar» dicha disposición, aunque la situación sí entre dentro de dicho ámbito, por entender que se ha recurrido a la norma de forma abusiva<sup>126</sup>. Desde el punto de vista «funcional», de la autoprotección, o autodefensa, del ordenamiento, no existe una diferencia de naturaleza, sino de grado, entre ambas técnicas<sup>127</sup>.

La alarma que esta postura puede generar no está justificada. Con ella no se pretende dejar un amplio margen interpretativo para inaplicar la norma. Justamente al contrario, al reconducir al mismo tronco común la interpretación y la doctrina del abuso, se impide el recurso a la primera para evadir los requisitos más estrictos de la segunda (el «abuso del abuso»). Los requisitos objetivo y subjetivo actúan como barreras para sopesar el impacto de los principios inspiradores de la norma subyacente, y comprobar si el fin justifica los medios<sup>128</sup>.

123. Chen para. 39.

124. Chen para. 33.

125. Por ejemplo, el análisis de «centro de intereses principales» en *Eurofood*; el análisis de la conexión entre demandas cuando se acumulan todas en el foro de un demandado en C-406/92 *The Tatry* [1994] ECR I-5439; C-116/02 *Erich Gasser GmbH v MISAT srl* [ECR] I-14692; C-159/02 *Turner v Grovit* [2004] ECR I-3565; C-281/02 *Owusu v Jackson* [2005] ECR I-1383. De hecho, la referencia por el Tribunal en *Eurofood* (un caso de interpretación de sustancia) a las «sociedades fantasma» (paras. 34-35) fue utilizada como guía por el Tribunal en *Cadbury* (un caso de abuso). Ver *Cadbury* para. 68.

126. RUIZ ALMENDRAL, V. *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen op. cit.* p. 25; FREEDMAN, J. «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level». En DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S. *Prohibition of Abuse of Law op. cit.* pp. 371, 375-376; SCHÖN, W. «Statutory Avoidance and Disclosure Rules in Germany». En FREEDMAN, J. *Beyond Boundaries: Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management* Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation, 2008, p. 47 *et seq.*

127. RUIZ ALMENDRAL, V. *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen op. cit.* p. 27. En *Halifax* (ver *supra*) el Tribunal llegó a la conclusión de que la finalidad evasiva no justificaba el no considerar las operaciones como «entregas de bienes» o «prestaciones de servicios» (interpretación); pero sí la negación del beneficio fiscal, en este caso la deducción del IVA (inaplicación/derogación).

128. Sobre la cuestión de los límites del principio del abuso, ver *supra* III.A.2.

b. Eurofood, abuso e interpretación finalista

La influencia de este tipo de consideraciones condujo, en parte, a la sentencia *Eurofood*, donde la norma en cuestión era el Reglamento Europeo de Insolvencia<sup>129</sup>. El asunto implicaba la insolvencia de la sociedad Eurofood, un vehículo de propósito específico, domiciliado en Irlanda, filial de Parmalat, y utilizada para emitir bonos para financiar el grupo. Con 13 días de diferencia se admitieron (1) la solicitud de procedimiento de liquidación forzosa por las autoridades irlandesas (High Court), y (2) la incorporación de Eurofood al procedimiento de administración extraordinaria de Parmalat (ambos procedimientos de naturaleza concursal). El Reglamento de Insolvencia establece la aplicabilidad de la ley, y la competencia de los tribunales, del país donde el deudor tenga su centro de intereses principales (CIP, o COMI, por el acrónimo en inglés), estableciéndose una presunción a favor del país del domicilio<sup>130</sup>. Las autoridades irlandesas se basaron en la presunción, y las italianas en el «centro de intereses principales». El Tribunal dio la razón a las autoridades irlandesas<sup>131</sup>.

A la vista de las circunstancias del caso, la interpretación de las autoridades italianas no parece incorrecta. La relación de Eurofood con Irlanda era «formal»<sup>132</sup>; mientras que los relacionados con Italia parecían más sustanciales<sup>133</sup>; y el CIP/COMI establece un test de sustancia sobre forma. Sin embargo, en su análisis, el Tribunal enfatizó la importancia de la presunción, y la exigencia de que la misma sólo pueda ser destruida mediante elementos objetivos *que puedan ser comprobados por terceros*<sup>134</sup>, interpretando el artículo 3 (1) a la luz de los considerandos del Reglamento<sup>135</sup>. Y aquí el Tribunal ejemplifica la interpretación, indicando que «Este podría ser el caso de una sociedad "fantasma" que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social»<sup>136</sup>.

En este sentido, *Eurofood* no es (o no debería haber sido) un caso de jurisprudencia del abuso; sino de *interpretación y aplicación* de las normas. Pero es en supuestos como éste donde restringir el análisis a los casos donde el Tribunal

129. Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia.

130. Artículos 3 (1) y 4 del Reglamento de Insolvencia.

131. Caso C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, [2006] ECR I-3854, paras. 33-37.

132. Domicilio social (en el International Financial Services Centre, polo de atracción de domicilios por motivos fiscales), permiso de actividad, cuentas anuales, auditores, liquidaciones de impuestos, reuniones del consejo, dos consejeros irlandeses, o la supuesta gestión, que llevaba Bank of America.

133. Bonos garantizados por Parmalat, decisiones relativas a su actividad adoptadas en Italia, o consejeros ejecutivos italianos. RAMOS MUÑOZ, D. *The Law of Transnational Securitization op. cit.* § 8.38, p. 365.

134. C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3854 para. 34.

135. El considerando (13) del Reglamento establece que: «El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros».

136. *Ibid* para. 35.

emplea, expresamente, el término «abuso» puede resultar reduccionista. Y ello porque, a pesar de que la postura de los tribunales italianos no suponía la inaplicación de una norma como resultado de su abuso<sup>137</sup>, sino la aplicación de una excepción contenida en la propia norma, y coherente con su principio general del CIP/COMI, el Tribunal exigió un umbral propio de una situación abusiva (sociedad «fantasma») que, de hecho, ha sido utilizado con posterioridad en jurisprudencia «pura» de abuso<sup>138</sup>. En todo caso, aun considerando *Eurofood* como un caso de abuso «puro», lo cierto es que es difícil apuntar cómo la presencia de *Eurofood* en Irlanda podría haber sido aún más escasa<sup>139</sup>.

A la pregunta de por qué la parquedad de la sentencia no aporta suficientes elementos de juicio, y es preciso recurrir a la más completa y argumentada Opinión del Abogado General Jacobs. Aunque también da la razón a los tribunales irlandeses, la Opinión deja claro que sus conclusiones en materia de CIP/COMI se encuentran constreñidas, por un lado, por la formulación de la cuestión prejudicial por la High Court irlandesa, que «*da por hecho que la filial (Eurofood) "lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses" en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social*»<sup>140</sup> (dudoso, pero no contestado por las autoridades italianas); y, por otro, por la intransigencia de la postura italiana, que afirmaba que la posibilidad de averiguación por terceros no era un criterio fundamental (a pesar de venir recogido en un considerando)<sup>141</sup>; y que, en un grupo de sociedades, el domicilio de la matriz constituía el CIP/COMI de todo el grupo, sin necesidad de más elementos<sup>142</sup>.

Ante esta situación, el AG entendió, como no podía ser de otra manera, que el control, potencial o efectivo, de la actividad de la filial no es suficiente para determinar su CIP/COMI<sup>143</sup>; pues tal concepto parte de un principio (interpretación teleológica) de transparencia hacia los inversores; que deben poder conocer la jurisdicción competente por señales externas. Es decir, asumiendo la premisa del tribunal irlandés (como no había más remedio) no era el criterio formalista, sino el teleológico, centrado en la función de transparencia, el que conducía a la conclusión<sup>144</sup>.

137. O la aceptación de restricciones a su operatividad no contempladas expresamente en la norma, que serían las dos formas alternativas de definir el abuso (abuso como inaplicación y como justificación). Ver *infra* III.B.2.

138. C-196/04 *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I-7995 para. 68.

139. *Eurofood* carecía de empleados y oficinas en Irlanda, y el hecho de que sus actividades (del caso parece deducirse que meramente administrativas) en Irlanda eran llevadas a cabo por una tercera entidad, Bank of America, a través de un contrato. Ver Simona Di Sano, «COMI: The Sun around Which Cross-Border Insolvency Proceedings Revolve: Part 2» op. cit. p. 127.

140. Opinión AG Jacobs *Eurofood* para. 114.

141. Ver Opinión del AG Jacobs *Eurofood* para. 113.

142. *Ibid* paras. 108-109.

143. *Ibid* paras. 112 y 120. De otro modo, y conectando con otro de los argumentos del AG, el Reglamento se aplicaría a grupos, y no a sociedades, como es el caso. *Ibid* para. 117.

144. *Ibid* paras. 116, 119.

En segundo lugar, y tan o más importante, el enfoque formalista de la sentencia (que no recoge la sofisticada argumentación teleológica del AG) también se explica, en parte, porque el Reglamento de Insolvencia es una norma de conflictos de jurisdicción. Por ello, considera fundamentales (1) el respeto de la soberanía, a través del *Competence-competence*; y (2) la voluntad de articular un sistema de reconocimiento mutuo *automático* de decisiones sobre la competencia, como también razona la Opinión del AG<sup>145</sup>. Es decir, más que de potenciar una lectura formalista del precepto como fin en sí mismo, se trata de utilizarla como instrumento para permitir a los tribunales que se han declarado competentes en primer lugar conservar dicha competencia, y evitar así una sucesión de declaraciones (contradictorias) de competencia por tribunales de distintas jurisdicciones, que pondrían en entredicho la virtualidad aplicativa del Reglamento<sup>146</sup>.

¿Por qué, entonces, estas consideraciones no se trasladan de la Opinión del AG a la sentencia? Porque, como reconoció el propio AG, la exigencia de reconocimiento mutuo de decisiones en materia de competencia, si bien presente en los considerandos del Reglamento, no se encuentra de manera tan explícita en el texto del mismo<sup>147</sup>; como sí lo está la necesidad de evitar el *fórum shopping*, o «turismo» concursal, implícita en el concepto de «CIP/COMI». Bajo este prisma, por tanto, *Eurofood* sería un caso donde la aparente descoordinación entre la hipótesis de interpretación y aplicación y el umbral de sustancia exigido (más propio de un supuesto de abuso) se explicaría por la presencia de un elemento teleológico no reflejado expresamente en la propia sentencia. Ello pone de manifiesto, nuevamente, el carácter nuclear de la interpretación teleoló-

145. Esta ausencia de autoridad emana del Informe de los profesores VIRGÓS y SCHMITT sobre el Convenio Europeo de Insolvencia; el cual, si bien no llegó nunca a entrar en vigor, supuso la base para la posterior elaboración del Reglamento Europeo, y continúa siendo una de las fuentes más citadas para interpretarlo. Dicho informe afirmaba con rotundidad que «los tribunales del Estado requerido no pueden controlar la competencia del tribunal del Estado de origen, sino únicamente verificar que la sentencia procede de un tribunal de un Estado contratante que se declara competente con arreglo al artículo 3 del Convenio». Ver VIRGÓS, Miguel; SCHMITT, Etienne *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* 1996 para. 202, 2, p. 126, citado en la Opinión del AG Jacobs en *Eurofood* para. 103.

146. Los procedimientos concursales, como material especialmente sensible, son terreno abonado para las batallas jurisdiccionales, como reflejan la sucesión de resoluciones de sentido contrario en materia de competencia para la administración de las sociedades del Eurotúnel. Ver, por todas, *In Re Daisytek SAS et alia*, [2004] High Court of Justice, Chancery Division, Leeds District Registry, 16 May 2003; *Tribunal de Commerce de Paris* No. 160, unreported 2 August 2006. Ver RAMOS MUÑOZ, D. *The Law of Transnational Securitization op. cit.* 8 8.37, p. 365; SIMONA DI SANO, «COMI: The Sun around Which Cross-Border Insolvency Proceedings Revolve: Part 2», *JIBLR* 3 (2009) p. 130.

147. Considerando (22) del Reglamento. Sin embargo, en palabras de la Opinión del AG Jacobs en *Eurofood*, para. 100, a pesar del reconocimiento de este principio en el considerando, «llama la atención que no se haya recogido dicha exigencia en el cuerpo del Reglamento».

gica, y cómo los elementos objetivo y subjetivo se ajustan al mismo como garantías.

## 2. Las divergencias entre los casos verticales y horizontales

Una vez examinados los posibles argumentos en contra del carácter unitario de la doctrina del abuso del Derecho que apuntan a las aparentes diferencias en función de los sectores del ordenamiento, nos corresponde abordar un reto aún más difícil. Y ello porque la batería de argumentos más convincentes en contra de la unidad de la doctrina del abuso se concentra en la contraposición entre:

(1) Casos en los que el recurso al Derecho comunitario se utiliza como base para un abuso del Derecho nacional<sup>148</sup> (situaciones verticales).

(2) Casos en los que el recurso al Derecho comunitario se utiliza como base para un abuso del propio Derecho comunitario (situaciones horizontales)<sup>149</sup>.

Estas dos situaciones son «ideales», y, por ende, no impermeables. Entre ambos polos, pues se sitúan las situaciones donde el Derecho europeo que regula la materia es de alcance parcial, y se utiliza como base para una estructura evasiva, que es atajada por las autoridades nacionales, con arreglo a su Derecho interno, y revisada por el TJUE; sin que resulte absolutamente claro si el abuso se comete respecto del Derecho europeo o respecto del Derecho nacional<sup>150</sup>.

Los argumentos que podrían esgrimirse para defender que existen dos doc-

148. Tal sería el caso en los supuestos donde se enjuicia la compatibilidad de la normativa interna con las libertades comunitarias. Ver, por ejemplo, casos *van Binsbergen*; C-81/87 *The Queen y H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC* [1988] ECR 5505; Caso C-79/85 *D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR I-02375; C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484; Caso C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9943; Caso C-161/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam e Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10195; Caso C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* [2008], ECR I-10805; *Evangelikis*; C-367/96 *Kefalas*; *Leclerc au Bleu*; C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513; C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4824; *X e Y*; *Cadbury Schweppes*; *Marks&Spencer*; *Lankhorst-Hohorst*, *Thin Cap Group*.
149. Por ejemplo, *Emsland-Stärke*; *Halifax*; *Kofoed* para. 38; y, más ampliamente, en relación con la interpretación de «sustancia sobre forma», ver C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3854 (Reglamento de Insolvencia).
150. Esta categoría permitiría «reclasificar» buena parte de los casos recogidos en la categoría (1) en la medida en que se estime que la clave para la decisión se encuentra en la existencia de armonización por las normas comunitarias, que, a su vez, da forma a la libertad de establecimiento, más que en la propia aplicación directa de dicha libertad. Por ejemplo, en *Evangelikis o Kefalas* la interpretación estaba referida a la Segunda Directiva en materia de sociedades, y en C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513 o *TV10* a la normativa en materia de televisión. También de la categoría (2) en la medida en que la doctrina nacional anti-abuso conviva con la doctrina del abuso en el ámbito comunitario, como en *Kofoed* paras. 38 y ss.

trinas separadas del abuso son diversos. Por un lado, si bien es pacífico que la consecuencia de la doctrina del abuso es la de privar al sujeto del derecho que, en otras circunstancias, le habría asistido por aplicación de la norma, existen dos visiones distintas en cuanto a las *causas* o el *proceso* lógico por el que ello se lleva a cabo: (1) la que entiende que la doctrina del abuso incide en la *definición* del derecho, de modo que, quien comete abuso, nunca llega a adquirirlo (abuso como *inaplicación* de la norma); y (2) la que entiende que el abuso incide sobre el *ejercicio* del derecho, de modo que un sujeto que, en principio, estaría amparado por una norma, deja de estarlo como resultado del recurso abusivo a la misma (abuso como *justificación* de una restricción)<sup>151</sup>.

En las situaciones verticales, con la excepción de algunas decisiones iniciales<sup>152</sup>, el análisis del abuso se ha inclinado por la segunda postura; esto es, en determinar si la medida del Estado estaba *justificada* (y aquí el abuso venía a reforzar otros argumentos como la relevancia del principio del Derecho interno). El Tribunal, por tanto, se ha negado categóricamente a entender que, en las denominadas «transacciones en U» (donde un sujeto utiliza la conexión con otro Estado para aprovechar la protección de las libertades) la consecuencia sea la inaplicación de la norma europea, y la redefinición de la cuestión como de Derecho interno<sup>153</sup>. Ello es lógico, teniendo en cuenta que podría dejar un amplio margen para que los Estados afectasen unilateralmente a la jurisdicción del Tribunal<sup>154</sup>; lo que, a su vez, sería contrario al efecto útil de las normas europeas en cuestión.

151. Ver DOUKAS, Dimitrios «Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law». En DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S *Prohibition of Abuse of Law op. cit.* p. 65-71, y el contraste entre los casos *Veronica* y *TV10*.
152. *Leclerc v Au blé vert*; *Knoors*; *Van Binsbergen*; C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513; *Sylvie Lair v Universität Hannover*; *R-G Coenen et al v Sociaal-Economische Raad*; *Commission v Germany* [1986]; *Van de Bijl* [1989]). Ver, especialmente, C-381/89 *Syndesmos Melon Tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias y otros contra Estado griego y otros* [1992] ECR I-02111 paras. 18-19 («se trata de si los justiciables, al invocar ante el Juez nacional derechos basados en una disposición de Derecho comunitario, están sometidos a un principio general de Derecho según el cual deben poseer un interés legítimo para acogerse a una norma jurídica, so pena de que su petición constituya una desviación o un abuso de Derecho [...] conforme al reparto de competencias [...] corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar la pertinencia de tales argumentos y, llegado el caso, someter de nuevo el asunto al Tribunal de Justicia si considera necesario obtener elementos adicionales de interpretación del Derecho comunitario con vistas a adoptar una resolución») si bien con posterioridad el TJUE dedica el grueso de la decisión a explicar que las normas internas griegas que permitían ampliar el capital de sociedades sometidas a reestructuración mediante acto administrativo, sin decisión de la junta ni derecho de suscripción preferente, eran contrarias a la Segunda Directiva.
153. En este sentido, muy claramente, C-79/85 *D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen* [1986] ECR I-02375; *AG Tesauro en Veronica*; *TV 10* (decisión y opinión de AG Lenz); C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484.
154. La postura del Tribunal de Justicia es coherente con la de la mayoría de tribunales de Derecho Internacional Público En el caso *Actividades Militares y Paramilitares contra Nicaragua (Nicaragua c Estados Unidos)* 1986, el equipo legal de los Estados Unidos



En los casos verticales, por el contrario, existen manifestaciones que podrían sugerir que la doctrina del abuso opera sobre la configuración del derecho subjetivo; más que sobre los límites al mismo, como la opinión del AG Poiars Maduro en *Halifax*, según la cual el abuso no genera excepciones al derecho, sino que participa en su configuración<sup>155</sup>. No obstante, el Tribunal eligió en la sentencia no acoger una declaración categórica, y zanjar la cuestión con la ambigua afirmación de que «la aplicación del Derecho de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las prácticas abusivas<sup>156</sup>»; lo que debería sugerir que el Tribunal deja abierta la puerta a que sus decisiones se puedan justificar desde ambas tesis. Por lo demás, la formulación de la doctrina, las referencias al «abuso», o la «artificialidad» de la transacción no varían entre los casos verticales u horizontales<sup>157</sup>.

No obstante, el argumento más sólido en contra de la tesis unitaria sostiene que, detrás de esta armonía semántica, los test empleados por el Tribunal son

consideró la posibilidad de alegar la reserva *Connally*, que excluía la jurisdicción del TIJ en casos relativos a cuestiones internas (*domestic*) «as determined by the United States». No obstante, esta estrategia se desestimó sobre la marcha, pues se consideró que, al permitir a los Estados Unidos excluir unilateralmente la jurisdicción del TIJ, estaba llamada al fracaso ante el Tribunal. Ver FRANCK, T. *Fairness in International Law and Institutions* Oxford University Press, 1995, p. 32. En casos donde el dilema ha estado en la delimitación competencial entre el TIJ y el Consejo de Seguridad el Tribunal no ha elegido la vía de negarse la competencia de revisar las decisiones del Consejo, sino de afirmar que las mismas no eran arbitrarias. *Question of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of Apr. 14 1992, ICJ Reports 1992, 3, para. 4.

155. «No obstante, la prohibición del abuso del Derecho comunitario, considerada como principio de interpretación, no genera excepciones a las disposiciones de la Sexta Directiva [...] Una interpretación de la Sexta Directiva conforme a dicho principio sólo puede tener la consecuencia más obvia que cabe esperar en el marco de la interpretación jurídica: que el derecho no se confiere en realidad, en contra del significado literal del precepto legal.» *Halifax* Opinión AG, para. 79.
156. *Halifax* para. 69. Ver también *Weald Leasing* para. 26. Asimismo, en *Halifax* el Tribunal afirma con posterioridad que: «como el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de señalar, sólo a falta de circunstancias fraudulentas o abusivas [...], el derecho a deducir, una vez nacido, sigue existiendo» *Halifax* para. 84, lo que parece apuntar a la posibilidad de que el derecho sí llega a nacer, aun en presencia del abuso, y que es el abuso lo que lo elimina o limita.
157. Referencias al «abuso» o «evasión» se pueden encontrar en *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas* para. 36; *Lasteyre du Saillant* para. 50; *X e Y* para. 61; *Van Binsbergen* para. 13; C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513 para. 12; o C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484 para. 24 (verticales); o en *Emsland-Stärke* para. 51; *Halifax* paras. 68 y ss.; *Kofoed* (horizontales), o, incluso, en *Kefalas* para. 20; *Diamantis* para. 33 o *Kofoed* paras. 37 y ss. (mixtos). Las referencias a la «artificialidad» o a los «montajes artificiosos» (*wholly artificial arrangements*) se pueden encontrar en *ICI* para. 26; *Lasteyre du Saillant* para. 50; *Marks & Spencer* para. 57 (verticales); o en *Halifax* para. 81; *Part Service* para. 62 (horizontales), mientras que, en casos de «sustancia sobre forma», como C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3854 para. 86 (vertical) se hace referencia a «sociedades fantasma» (*lockplate companies*).

distintos en materia de fiscalidad directa (verticales) e indirecta (horizontales)<sup>158</sup>. Y aquí sí parece haber base para afirmar que el Tribunal distingue. Mientras que en los casos verticales parece bastar con la existencia de un mínimo propósito distinto a la evasión fiscal para justificar la transacción<sup>159</sup>; en los horizontales parece haberse pasado de exigir que «el único propósito» de la estructura sea el evasivo», en la opinión del AG Poiares Maduro en *Halifax*<sup>160</sup> (similar al test de los casos verticales); a exigir que dicho propósito evasivo sea la «finalidad esencial», en la sentencia *Halifax*<sup>161</sup>; y a interpretar la «esencialidad» como el propósito «principal» en *Part Service*<sup>162</sup>.

La falta de claridad entre unas decisiones y otras no permite una conclusión categórica. No obstante, en caso de que los enfoques sean, efectivamente, diversos; lo relevante para aceptar o rechazar el carácter unitario de la doctrina no son las diferencias en sí, sino si las diferencias son coherentes, o no, con la concepción de la doctrina del abuso del Tribunal.

Y, en este punto, nuestra postura es que las diferencias son coherentes.

158. VANISTENDAEL, Frans «Cadbury Schweppes and Abuse from an EU Tax Law Perspective». En DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S. *Prohibition of Abuse of Law op. cit.* p. 422-423.

En contra, por ejemplo, VAN NISTENDAEL, quien afirma que el test anti-abuso formulado por el TJUE en *Cadbury* es conceptualmente distinto a los presentes en *Halifax* o, más aún, en *Part Service*, en la medida en que, en *Cadbury*, mientras que en *Part Service* basta con que el propósito «principal» sea la obtención de la ventaja fiscal.

159. El ejemplo utilizado es *Cadbury*, donde el Tribunal afirma que resulta admisible una normativa nacional cuyo objetivo sea «oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado» (para. 55). La norma del Reino Unido establecía el régimen especial de las «sociedades extranjeras controladas» (SEC), sometiéndolas a tributación en el Reino Unido, pero permitía descartar la aplicación de este régimen si se cumplía el «test de los motivos». Y éste consistía en demostrar que la reducción significativa del impuesto en el Reino Unido no era «el objetivo principal ni uno de los principales» de la constitución de la SEC ni de las operaciones entre la sociedad residente y la SEC. Según el Tribunal, la mera existencia de una «realidad económica», consistente en una *implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas*, excluye la existencia de un montaje artificial, y, por ello, toda norma anti-abuso nacional que imponga un umbral más elevado, es contraria al Derecho de la UE (paras. 65-66). Y así, caso de que los tribunales nacionales considerasen que la única interpretación posible sería la aplicación de la norma anti-abuso cuando la voluntad de obtener una reducción del impuesto fuese *la razón principal* para la constitución de la SEC, dicha norma sería contraria al Derecho Europeo. *Cadbury* paras. 72-74.

160. Opinión del AG Poiares Maduro en el caso *Halifax*, paras. 60, 62, sobre la base de *Emsland Stärke* para. 50 o C-206/94 *Palletta* [1996] ECR I-2357 para. 24.

161. Caso C-255/02 *Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609 para. 75.

162. Caso C-425/06 *Ministero dell'Economia e delle Finanze y Part Service Srl* [2008] ECR I-897. Ver, asimismo, FREEDMAN, J. «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level» *op. cit.* p. 375.

Tengamos en cuenta que, quienes defienden la diversidad, lo hacen desde la base de la distinción entre fiscalidad «directa» e «indirecta», que es una distinción *tributaria*, y, por ende, no forma parte del marco conceptual del Tribunal. Lo que caracteriza los casos horizontales no es el tipo de impuesto, sino la norma europea de cobertura: en un caso, es, típicamente, la Directiva del IVA, Derecho derivado, de carácter «legal», y «consecuencia» de un proceso político-legislativo; en otro, son las libertades de mercado, Derecho originario, y con carácter «constitucional», y «causa» o motor del proceso legislativo de la Unión. Es decir, ambas normas no poseen la misma naturaleza, y, por ende, la importancia relativa de los derechos conferidos por una (derecho a la deducción del IVA, por ejemplo) no puede ser equivalente a los derechos conferidos por otra (libertad de circulación). Todo esto determina la interpretación teleológica.

La segunda consecuencia es que la propia noción de abuso, y la lectura, hasta cierto punto «utilitarista» que propugna, encuentra un acomodo inestable cuando nos acercamos a derechos de naturaleza fundamental, como las libertades, de los que suele predicarse una lectura más «kantiana». La propia frase «el uso de una libertad fundamental de forma contraria a su finalidad» parece incorrecta desde el momento en que entendamos que las libertades, además de perseguir fines, son fines en sí mismas. Por ello, si, como se desprende de sentencias como *Emsland Stärke* o *Halifax*, el elemento objetivo se encuentra tan estrechamente vinculado al teleológico; es lógico que, en casos como el de las libertades, el test sea más exigente (la transacción tiene que ser «más artificial» para suponer un uso de las libertades contrario a su finalidad), lo que explica que *Cadbury*, a pesar de ser posterior a *Halifax* y *Emsland-Stärke*, pero del mismo año, y a pesar de referirse expresamente a éstas<sup>163</sup>, exija un «montaje puramente artificial», por ejemplo mediante una «filial fantasma»<sup>164</sup>.

Para comprobar la veracidad de esta hipótesis únicamente es preciso encontrar un supuesto de normas que se presten aún menos que las libertades de circulación a una lectura basada en la comparación entre los fines de la norma y el resultado obtenido. El más claro (quizás el único) es el de los derechos fundamentales. Y en casos como *Chen*, el margen para el abuso es aún más estrecho<sup>165</sup>. Y es que, a medida que nos aproximamos al vértice de los principios

163. C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I-7995 para. 64.

164. *Ibid* para. 68.

165. Asunto C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department*, ECR [2004] I-9951. El caso *Chen* implicaba a una familia china, donde el marido y la mujer trabajaban para una empresa china, y tenían un hijo nacido en China. Con el objetivo de dar a luz al segundo hijo, la Sra. Chen entró en el territorio del Reino Unido, y se dirigió a Belfast, donde nació su hija Catherine. Madre e hija se trasladaron a Gales, donde residían en el momento de solicitar la nacionalidad. Mientras que el Reino Unido se había apartado del criterio del *ius soli* para conceder la nacionalidad, Irlanda sí lo acogía, y otorgaba la nacionalidad irlandesa a toda persona nacida en la Isla de Irlanda (incluida Irlanda del Norte). Tras serle concedido el pasaporte irlandés a Catherine, se trataba de dirimir si ella y su madre (de la que dependía financiera y afectivamente) poseían la libertad de circulación, incluyendo el derecho a residir en el Reino Unido. Muy interesante para nuestro pro-

fundamentales, cuya justificación se basa en un análisis *a priori*, que tiende a desplazar al análisis *ex post*, que tiende a determinar si la protección se justifica en el caso concreto, la doctrina del abuso pierde utilidad y parece entrar en un cierto «cortocircuito» lógico. Pero ello no refleja la existencia de diversas doctrinas, sino de una articulación coherente de los principios de la Unión. Para buscar incoherencias, los defensores de la tesis «atomista» deberían buscarlas en, pongamos, un caso de IVA donde la negativa a deducir el IVA soportado afectase no ya al propio derecho a la deducción, sino a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, y el Tribunal decidiese con arreglo al umbral de *Halifax* o *Part Service*, en lugar del enunciado en *Cadbury*.

#### D. IMPLICACIONES PARA EL ANÁLISIS

¿Cuáles son las claves que podemos extraer para el análisis de los casos que proponíamos como hilo conductor? Primeramente, que la existencia de abuso requiere un test compuesto de tres elementos (objetivo, subjetivo y teleológico) que se traducen en una carga probatoria. Los tres elementos no operan como compartimentos estancos; de modo que, especialmente, la apreciación de los elementos objetivos (incluso subjetivos) dependerá en gran medida de la finalidad de la norma. En este sentido, en el Ejemplo 1 (uso de SE como vehículo domiciliado en Irlanda pero sede real en España) la clave estaría en determinar si, frente a la jurisprudencia (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*) el Reglamento 2157/2001 introduce un nuevo criterio que exige que las SE estén domiciliadas en el lugar desde donde se gestionen; y, siendo así, por qué. Este ejercicio (teleológico) servirá de base para, en presencia del elemento subjetivo de la voluntad de evitar la norma de un país, determinar cuáles son los elementos objetivos necesarios para determinar la «artificialidad»; así como si el propósito evasivo debe ser el único, el esencial, o el más importante, en la decisión de domiciliar la sociedad en un sitio u otro.

---

pósito, en el caso no había discusión sobre los motivos del desplazamiento a Irlanda del Norte, puesto que la misma «*tenía por objeto permitir que la niña que iba a nacer adquiriera la nacionalidad irlandesa y, en consecuencia, que se le reconociera, en su caso, a la madre el derecho a residir con su hija en el territorio del Reino Unido*». *Ibid* para. 11. A pesar de ello, el TJUE consideró que no existía abuso. La Sentencia no es todo lo categórica que podría ser, y no afirma que en materia de derechos fundamentales no quepa el abuso. Al contrario, comienza de manera tímida, articulando la cuestión en torno a la soberanía de los Estados, afirmando que las normas sobre concesión de nacionalidad forman parte de dicha soberanía. Sin embargo, tras reiterar la soberanía de Irlanda sobre sus normas de nacionalidad el Tribunal afirma que no corresponde a otro Estado miembro limitar los efectos de dicha nacionalidad «*en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado*» (*ibid* para. 39); para, a continuación, afirmar que «*eso sería precisamente lo que sucedería si el Reino Unido pudiera impedir que los nacionales de otros Estados miembros, como Catherine, ejercitaran una libertad fundamental garantizada por el Derecho comunitario sólo porque la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro tenía por objeto, en realidad, procurar un derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero en virtud del Derecho comunitario*» (*ibid* para. 40).

En el ejemplo 2 (sociedad vehículo domiciliada en Gran Bretaña utilizada para evadir la prohibición de asistencia financiera en la ley española), la jurisprudencia indica que la protección de los acreedores no justifica medidas que operen sobre la base de presunciones *iuris et de iure* (ej. identificar el domicilio en un país sin requisito mínimo del capital con la desprotección de los acreedores), por no cumplir el elemento objetivo, ni que afecten de manera drástica e indiscriminada a la sociedad (ej. privación de personalidad jurídica), por resultar desproporcionadas. No obstante, la apreciación de asistencia financiera exige aplicar un test de «sustancia sobre forma», sin presunciones, y el resultado consiste en anular la operación concreta. Por tanto, la cuestión estribaría en determinar, primero, si se ha hecho un uso tanto de la libertad de establecimiento, como de la Segunda Directiva, contrario a la finalidad (respuesta probablemente negativa) y, en segundo lugar, si la artificialidad de la transacción, y el fin perseguido justifican la consecuencia jurídica consistente, por ejemplo, en la anulación del préstamo, o, incluso, la sanción administrativa.

En el ejemplo 3 (SICAV «individualizada» y domiciliada en Luxemburgo), habrá que comprobar, primero, si el uso de 98 partícipes nominales es contrario al propósito de la norma europea, que hace referencia a «inversión colectiva». Un problema adicional puede surgir en un procedimiento de inspección de la CNMV, donde el problema se circunscribe a la norma europea, y las medidas de aplicación nacionales, o en un procedimiento de inspección de la AEAT, en cuyo caso la «finalidad» (fomento de la inversión colectiva) de la norma europea se conjuga con la «finalidad» recaudatoria y de prevención del abuso de la norma (tributaria) nacional<sup>166</sup>, y las medidas de aplicación, también nacionales.

En segundo lugar, la dificultad estribaría en justificar por qué los organismos españoles pueden actuar sobre una SICAV domiciliada en Luxemburgo; partiendo de la naturaleza formalista del test del domicilio para este tipo de instituciones<sup>167</sup> que llevaría a concluir (posiblemente) que domiciliar en Luxemburgo una SICAV cuyo centro de gravedad se encuentra en España no es contrario al principio del control por el país de origen; con lo que el abuso no se analizaría por separado, sino que únicamente podría entrar como refuerzo del argumento de la prevención del fraude como justificación de la restricción; y, aquí, encontraría la dificultad de explicar por qué no se recurre a procedi-

166. Esto es, si, al margen de la norma europea, la estructura es contraria al fin de la norma nacional de incentivo fiscal.

167. Frente al antiguo artículo 3 de la Directiva 85/611/CEE, que establecía: «Para la aplicación de la presente Directiva, un OICVM se considera situado en el Estado miembro en que se encuentre la sede estatutaria de la sociedad de gestión del fondo común de inversión o el de la sociedad de inversión; los Estados miembros deben exigir que la administración central se sitúe en el Estado miembro en el que está fijada la sede estatutaria», la presente Directiva 2009/65/CE establece, en su artículo 2 (1) (e), que «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: "Estado miembro de origen de un OICVM": el Estado miembro en el que el OICVM esté autorizado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5;», de modo que el estado de origen es aquél que autorice el OICVM, impresión reforzada por el artículo 4, que establece: «A efectos de la presente Directiva, un OICVM se considerará establecido en su Estado miembro de origen».

mientos menos gravosos (proporcionalidad) como el intercambio mutuo de información. Si el argumento de base fuese uno relativo a la protección de la integridad y transparencia del mercado, no obstante, existen más dudas sobre el resultado.

Un ejercicio parecido sería necesario en el caso número 4, donde, nuevamente, sería difícil demostrar que se está haciendo uso de la normativa de fondos de inversión alternativa de modo abusivo, partiendo de que ésta se ciñe a los «gestores», más que a los fondos en sí, y su finalidad, o escala de prioridades (protección de los clientes, estabilidad financiera) no es clara. Las consideraciones relativas al reconocimiento mutuo, control por el país de origen, y libertad de establecimiento y de prestación de servicios serían similares al caso de la SICAV intervenida por las autoridades financieras (no las tributarias, donde las consideraciones serían otras).

En todo caso, sería preciso distinguir los argumentos relativos al abuso de la normativa europea concreta (Reglamento 2157/2001, Segunda Directiva de Sociedades, Directivas sobre IICs) de los relativos al abuso de la libertad de establecimiento/libre prestación de servicios/libre circulación de capitales; en la medida en que demostrar que una libertad se ha utilizado de un modo contrario a su finalidad resulta más difícil y complejo que el ejercicio equivalente aplicado a otro tipo de derechos, consagrados en el Derecho derivado. Por último, todas estas conclusiones preliminares quedan en suspenso, y son dependientes del reconocimiento por el TJUE de la «finalidad» de la norma europea en cada caso, algo en lo que el Tribunal es reacio a conceder la existencia de principios que trasciendan el ámbito de aplicación de las disposiciones concretas. El conflicto entre la finalidad declarada de algunas normas europeas (la expansión del reconocimiento mutuo, las libertades y el mercado interior) y la finalidad plasmada en su articulado (como contrapartida a la expansión del mercado, la regulación de determinadas transacciones, protección de determinados intereses como los de los accionistas o acreedores, confianza del mercado, etc) será objeto de análisis posteriormente<sup>168</sup>.

#### IV. UNA MIRADA A LOS RETOS FUTUROS. EL ABUSO DEL DERECHO Y LAS TENSIONES EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

El apartado anterior pone de manifiesto los elementos del concepto de abuso del Derecho, las garantías frente a su expansión y su carácter unitario, a través de la jurisprudencia del TJUE, sin distinción sectorial. Con todo, este análisis no deja de suponer un examen del pasado, y quedaría incompleto sin una mirada a los retos futuros que la doctrina del abuso puede plantear. Para ello, nuevamente es preciso referirse al elemento teleológico que sirve de núcleo y guía a la doctrina. Y es que si el abuso consiste en preguntarse cuándo una determinada transacción tiene como propósito único/principal, comprobable por medios objetivos, ejercitar el derecho conferido por una norma de manera

168. *Infra* IV.B.

contraria a la finalidad del mismo, corresponde preguntarse cómo se determina la finalidad de dicha norma. Y ello plantea el reto más importante en un contexto como el transfronterizo de la UE, donde no suele existir una única norma, sino varias, de naturaleza múltiple (europeas y nacionales, originarias, derivadas y de transposición, pertenecientes a diferentes sectores), y fines diversos. Preguntarse cuál es el fin de la norma supondrá, en muchos casos, preguntarse por el fin del conjunto de normas que confluyen en el caso, las cuales a menudo se encontrarán en un equilibrio no sólo inestable, sino cambiante.

En el presente apartado comprobaremos cómo las ambivalencias de la doctrina del abuso no son debidas a una formulación deficiente, sino que reflejan, a su vez, las tensiones y equilibrios de la construcción europea, y, para ello, nos centraremos en tres equilibrios distintos: (1) el equilibrio entre «libertad» y «protección»; y la tensión subyacente entre el modelo de economía «social» y «de mercado»; (2) el equilibrio entre «desregulación» estatal y «re-regulación» al nivel europeo; y (3) el equilibrio entre el papel del Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales, en el marco del principio de primacía. La profundización refuerza así la idea de que para entender el abuso del Derecho es preciso entender el Derecho objeto de abuso, sin que la especialidad del Derecho europeo deba suponer una excepción a este principio.

#### A. ABUSO, TENDENCIA «PRO-LIBERTADES» Y «ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO»

El Tribunal de Justicia recibe periódicamente acusaciones de favorecer, en sus interpretaciones, el mercado único, en detrimento de otros principios. ¿Tiene base esta acusación?, y, más aún, ¿es dicha interpretación coherente con las normas en liza?

La respuesta es, en ambos casos, sí. No es casualidad que la doctrina anti-abuso del Tribunal se haya originado en casos «horizontales», donde los principios contrapuestos eran todos propios del Derecho europeo<sup>169</sup>; frente a los casos «verticales», donde se contraponían normas «constitucionales» europeas, y normas nacionales<sup>170</sup>. Esta postura es coherente con la misión interpretativa del Tribunal; que no puede sino reconocer que la finalidad primordial de la Unión es la creación de un mercado único<sup>171</sup>; como corresponde al sesgo ordo-liberal de sus principales impulsores<sup>172</sup>. Las libertades adquieren así el rango de ele-

169. C-110/99 *Emsland Stärke c Jonas* [2000] ECR I-11569; C-255/02 *Halifax plc Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd y Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609.

170. Incluso al admitir la posibilidad de abuso, el Tribunal se ha mostrado más proclive a limitar su campo de actuación mediante el principio de idoneidad y de proporcionalidad. Ver C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] ECR I-10837; C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] ECR I-7995.

171. El artículo 3, apartados (2) y (3) del actual TUE, donde la formulación asertiva del establecimiento del mercado único (*establecerá*) contrasta con formulaciones genéricas como «*Obrará en pro*», «*promoverá*», «*combatirá*», «*fomentará*» o «*respetará*».

172. Con la «juridificación» y «reglamentación» de algunas áreas, sobre la base de la racionalidad económica, por oposición a la discrecionalidad política. JOERGES, Ch. «What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy» European

mentos «constitucionales», y actúan como principios interpretativos e informadores de la actividad legislativa, además de como derechos individuales directamente exigibles.

Aparte, el proyecto al que el Tribunal debe dotar de sentido interpretativo es finalista y dinámico<sup>173</sup>: no se trata de *preservar* unos valores, sino de *construir* la Unión, a partir del Mercado Interior; mediante un movimiento de diástole/sístole, con (1) integración negativa, con «desterritorialización» de regulación estatal por el Tribunal, que adquiere un rol más activo que el de los tribunales nacionales; e (2) integración positiva, con la «re-territorialización» de la regulación al nivel europeo, supeditada a la *construcción* del mercado<sup>174</sup>.

La respuesta instintiva del Tribunal es la de anular una disposición restrictiva salvo que: (1) se aplique de manera no discriminatoria, (2) se justifique por razones *imperiosas* de *interés general*, (3) sea *adecuada* para garantizar el objetivo perseguido, y (4) no vaya más allá de lo necesario para perseguir dicho objetivo<sup>175</sup>. El Tribunal, pus, no sopesa principios del mismo rango; de modo que el abuso contribuirá a justificar las medidas al aplicarse sobre las libertades; esto es, cuando éstas se utilicen de forma contraria a su finalidad; algo que, como se indicó más arriba, resulta muy complicado, y no se da salvo en los casos de ausencia total de actividad<sup>176</sup>. En la etapa de «juventud» de su jurisprudencia este esquema se aplicó de forma tajante e intransigente por el Tribunal<sup>177</sup>. No obstante, dada la naturaleza finalista y dinámica del mercado interior este equilibrio no parece permanente. A medida que un mayor número de parcelas normativas se «re-territorialicen» al nivel europeo, el Tribunal deberá acoger sus principios inspiradores como propios del Derecho de la Unión<sup>178</sup>.

El ejemplo más claro lo encontramos en la «economía social de mer-

University Institute, Florence EUI Working Paper Law n° 2004/13, p. 9-25; JOERGES, Ch.; RÖDL, F. «Social Market Economy» as Europe's Social Model?» European University Institute, Florence EUI Working Paper Law n° 2004/8, p. 4-6.

173. Frente a los ordenamientos estatales, más asentados, lo importante es *promover* las libertades, en el contexto de una unión cada vez más estrecha (*an ever closer union*). Preámbulo del Tratado de Roma de 1957.

174. MAJONE, G. «Regulating Europe: Problems and Perspectives» citado en JOERGES, Ch.; RÖDL, F. «"Social Market Economy" as Europe's Social Model?» *op. cit.* p. 6.

175. C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484 para. 34.

176. *Supra* III.B.2.

177. *Supra* II.B.

178. Es decir, cuanto mayor sea la intervención del Tribunal como legislador negativo, mayor será la presión para que actúe como legislador positivo, indicando los cauces y vías a través de los cuales, por ejemplo, los principios de la «economía social» pueden llevarse a cabo de forma compatible con los de la «economía de mercado». Ver JOERGES, Christian «The Market without the State? The "Economic Constitution" of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics» European Integration online Papers (EIoP) Vol. 1 (1997) N° 019; <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>, p. 2. También del mismo autor, y complementario al trabajo anterior, ver «States without a Market? Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses European Integration online Papers (EIoP) Vol. 1 (1997) N° 020; <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-020.htm>.



cado»<sup>179</sup>, por lo que sus vicisitudes pueden servir de pauta para otros principios. Partamos del caso *Arblade*<sup>180</sup>, donde se debía decidir si el Estado de acogida podía imponer una serie de obligaciones a un empresario establecido en otro Estado que prestase, temporalmente, servicios (de construcción en este caso) en el Estado de acogida. El Tribunal sigue su análisis «clásico» en dos pasos: (1) restricción de la libertad (europea), y (2) justificación por principio de orden público (nacional); y concluye que, si bien no está justificado imponer obligaciones administrativas o contributivas<sup>181</sup> sí lo está el imponer condiciones del convenio colectivo al trabajador, como las de salario mínimo<sup>182</sup>, que tienen como objeto garantizar la equivalencia de la protección al trabajador.

La perspectiva del Tribunal cambia en casos posteriores, como *Viking*<sup>183</sup> y *Laval*<sup>184</sup>, nuevamente en el contexto del «dumping social»<sup>185</sup>, donde las organizaciones sindicales plantearon medidas de conflicto colectivo (huelga) para obligar a la empresa a negociar con la organización sindical del país de acogida unas condiciones equivalentes para los trabajadores. El Tribunal no deja de analizar el problema en dos pasos: (1) restricción, y (2) justificación<sup>186</sup>, pero, en el paso 2, en lugar de hablar de un principio de orden público «nacional», afirma que:

*dado que la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social*<sup>187</sup>.

179. Artículo 3 (3) TUE.

180. Asuntos C-369/96 y C-376-96 *Arblade y Leloup* de 23 de noviembre [1999] ECR I-8453.

181. Como las contribuciones patronales a los regímenes nacionales de «timbres de fidelidad» o «timbres de mal tiempo». *Arblade* paras. 48-50.

182. *Ibid* para. 41 (y referencias jurisprudenciales), 51-52.

183. C-438/05 *International Transport Worker's Federation, Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, [2007] ECR I-10838.

184. C-341/05 *Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, [2007] ECR I-11845.

185. En *Viking* una sociedad finlandesa de transporte, intenta cambiar el pabellón del buque a Estonia para aprovechar la legislación laboral más permisiva, y el sindicato finlandés de marinos (FSU) planteó medidas de conflicto colectivo (huelgas) para forzar a la empresa a garantizar las condiciones de trabajo originales, y a suscribir un convenio colectivo o acuerdo similar con el sindicato finlandés, en lugar del correspondiente sindicato estonio. En *Laval*, ante el cambio de domiciliación de la empresa constructora, por motivos similares, las organizaciones sindicales trataron de forzar al empresario a negociar con el sindicato del país de acogida de los trabajadores desplazados. Ver *Viking* paras. 7-24, y, *Laval* paras. 27-38.

186. Antes el Tribunal aclaró que las medidas de conflicto colectivo pueden analizarse bajo el prisma de las libertades de mercado a pesar de constituir la manifestación de derechos fundamentales. (*Viking* paras. 34, 40, 44-46; *Laval* paras. 87-88, 90-95, 98-99).

187. *Viking* para. 79; *Laval* para. 105. Ver, también, los paras. 78 y 104, respectivamente.

El reconocimiento del principio como de Derecho europeo supone, no obstante, un mayor escrutinio del Tribunal; que en *Viking* entendió que, para que las medidas de conflicto colectivo no estarían justificadas cuando *los empleos o condiciones de trabajo no estaban comprometidos o seriamente amenazados*<sup>188</sup>. En *Laval* va aún más allá, y afirma que las medidas no estaban justificadas, por pretender extender no las condiciones de orden público del país de acogida, sino también las más favorables del convenio colectivo<sup>189</sup> (interpretación de la protección de la Directiva como de máximos). Así, la elevación teórica de la «protección social» al nivel de principio de Derecho europeo no significa, necesariamente, mayor protección en la práctica. Únicamente cabe lamentar que no se aprovechara para desarrollar el problema del abuso transfronterizo<sup>190</sup>, lo cual habría proporcionado la oportunidad perfecta para coordinar el giro interpretativo teleológico del Tribunal con su (reciente) doctrina general del abuso.

En manifestaciones posteriores, como la Opinión del AG en el caso *Santos Palhota*, de nuevo en el marco del desplazamiento de trabajadores, se va más allá, y, tras hacer referencia al cambio en el *status quo* legislativo, con referencias a la protección social en los artículos 3 (3) TUE, 9, TFUE y 31 de la Carta de derechos Fundamentales, se afirma que:

*La entrada en vigor del Tratado de Lisboa requiere que, cuando las condiciones laborales intervengan como una razón imperiosa de interés general que justifiquen*

188. *Viking* para. 81. Esto es, no podía aceptarse acríticamente la alegación de «protección del empleo» como justificación, sino sólo cuando existiese base para ello en el caso concreto.

189. La Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios establecía un equilibrio entre las condiciones del país de origen; y las del país de acogida. En relación con el salario mínimo, el Estado de acogida podía determinarlo (entre otras condiciones) en leyes y reglamentos, convenios colectivos generales, etc, pero se entendió que Suecia no había hecho uso de esta posibilidad, por lo que se interpretó que las medidas de conflicto colectivo no pretendían imponer un «salario mínimo» propiamente dicho (*Laval* paras. 65-71). En segundo lugar, la Directiva establecía como garantía el respeto de disposiciones imperativas del Estado de acogida en relación con determinadas materias, pero ello no podía servir como base para «supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima.» (*Laval* para. 80).

190. En *Laval* los sindicatos presentaron el problema del «abuso» o la «sustancia sobre forma», al alegar que *Laval* y *Baltic*, la empresa de construcción sueca, tenían los mismos propietarios y la misma marca, y, por tanto, se trataba de una misma entidad económica, de modo que el domicilio en Letonia se utilizaba simplemente para eludir la legislación, y convenios colectivos, suecos. *Laval* paras. 43-44. Sin embargo, la alegación se realizó de manera tangencial, y para justificar la inadmisión de la cuestión (por ser artificial) y no el uso de la libertad de modo contrario a su finalidad, o la justificación de la restricción. El Tribunal tiende a rechazar la idea de abuso como «inaplicación» de las libertades, cuando ello supone negarse la competencia para examinar el supuesto. En *Viking* el problema de fondo era el de los «pabellones de conveniencia». No se sabe si por no haberlo alegado las partes, o por considerar el Tribunal que carecía de relevancia, esta cuestión no pesó en el análisis del fondo.

*una excepción a la libre prestación de servicios, deben dejar de ser interpretadas restrictivamente. En la medida en que la protección del trabajador interviene como un factor merecedor de tutela por los propios Tratados, no se está ante una simple excepción a una libertad, ni mucho menos ante una excepción no escrita y deducida de la jurisprudencia. El nuevo marco de Derecho originario, en la medida en que impone obligatoriamente un elevado grado de protección social, está habilitando a los Estados miembros a que, en aras de la salvaguarda de un determinado nivel de protección social, puedan llegar a limitar una libertad, y que lo hagan sin que el Derecho de la Unión lo considere algo extraordinario y, por tanto, merecedor de un enjuiciamiento restrictivo. Esta tesis, que encuentra su anclaje en los nuevos preceptos de los Tratados recién citados, se exterioriza en términos prácticos al aplicar el principio de proporcionalidad<sup>191</sup>.*

Quizás una opinión aún demasiado directa y susceptible de excesos proteccionistas; de ahí que el Tribunal no la hiciera suya en la sentencia. Pero es probable que la síntesis de la «economía social de mercado» discorra por estos cauces.

¿Afecta este giro a la doctrina del abuso? Sí, y de manera importante. Tradicionalmente en los casos verticales de abuso el estudio de la validez de las normas estatales se hacía en dos pasos. Primero, se analizaba la justificación de la restricción sobre la base de la existencia de abuso; algo que, como hemos afirmado anteriormente, al poseer las libertades una cierta configuración absoluta, poco susceptible de interpretación finalista, daba lugar a la exigencia de «umbrales» objetivo y subjetivo de abuso muy altos<sup>192</sup>. Segundo, rechazada la existencia de abuso, se analizaba la justificación de la restricción de las libertades por parte de las autoridades estatales, a través del test diseñado por el propio Tribunal<sup>193</sup>. La redefinición de la Unión como una «economía social de mercado» permite, en teoría, traspasar parte del análisis del segundo paso al primero, preguntándose si la transacción en cuestión erosiona los cimientos de este principio. Lejos de constituir una ventaja para los Estados, supone (1) un escrutinio más directo de las medidas adoptadas sobre la base de su coherencia con la propia «economía social de mercado»; (2) el sometimiento expreso de dichas medidas al test del abuso diseñado por el Tribunal de Justicia; y (3) la progresiva pérdida de peso del segundo paso del análisis, en la medida en que los principios informadores de la norma interna han sido absorbidos por el Derecho europeo.

## B. ABUSO DEL DERECHO Y PRINCIPIOS DE DERECHO SOCIETARIO Y DEL MERCADO FINANCIERO

Del apartado anterior se deduce que la adopción por el Derecho originario

191. Asunto C-515/08 *Santos Palhota y otros*. Opinión del AG Sr. Pedro Cruz Villalón, 5 mayo 2010, para. 53.

192. *Supra* III.B.2. Ver C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] I-8049 para. 56.

193. *Supra* este mismo apartado.

de la UE de la protección social y laboral como fin propio de política legislativa, a través de la fórmula de la «economía social de mercado», al dar forma a los «fines» del Derecho europeo, influyen en la determinación de las situaciones contrarias al mismo, y, por ende, a la configuración del abuso. De manera más general, la «reterritorialización» o «europeización» de amplias parcelas de la regulación y de principios normativos nacionales enriquece la jurisprudencia del TJUE, y la fuerza a equilibrios más complejos.

Sin embargo, centrándonos en el plano mercantil, que es el punto de partida de este análisis, existen numerosos principios nucleares del Derecho societario y del mercado financiero que, en el plano europeo, interactúan de manera constante con las libertades europeas y las equilibran. Hablamos del buen gobierno, o, más específicamente, la protección de los accionistas y acreedores, o la estabilidad del sistema financiero. Estos principios interactúan con las libertades en una dinámica similar a la de las normas laborales, en el sentido de que cada norma refleja un compromiso entre las libertades, y la protección, a través de normas imperativas, de los intereses contemplados en la norma. Sin embargo, por su naturaleza, tales normas no se pueden incluir en el pilar «social» de la «economía social de mercado». Por tanto, la pregunta es si, a pesar de no haber sido contemplados expresamente en los Tratados, tales principios han sido tácitamente «europeizados», o hechos suyos por el Derecho europeo, con la trascendencia que ello posee de cara a determinar las situaciones concretas donde existe abuso del Derecho.

El papel del Tribunal como legislador negativo, sin esperar a la acción reguladora de Consejo, Parlamento y Comisión, hace necesaria la sustitución de la legislación estatal por algún tipo de criterio interpretativo. Resulta, por ello, cada vez menos convincente escudarse en que un determinado principio no puede ser tenido en cuenta porque no se encuentra en los Tratados<sup>194</sup>. En este sentido, aun en ausencia de mención en dichos los Tratados resulta visible la voluntad del TJUE de entrar a valorar el contenido y coherencia de las dispo-

194. Debe tratarse de objetivos legítimos justificados por razones imperiosas de interés general y compatibles con el Tratado. Ver *Laval* para. 101 y jurisprudencia allí citada. En la legislación tributaria, el Tribunal afirma que la protección de ingresos tributarios no es un fin relevante para imponer restricciones, porque no viene contemplado en los Tratados. Sin embargo, la protección de ingresos tributarios no tiene que figurar expresamente en ninguna norma fundamental para entender que un principio básico del ordenamiento. En otras palabras, la norma anti-abuso no pretende garantizar los «ingresos tributarios» en abstracto, sino la distribución equitativa de la carga impositiva entre los ciudadanos. Se trata, en última instancia, del principio constitucional de igualdad. Ver RUIZ ALMENDRAL, V. «Tax Avoidance, the «Balanced Allocation of Taxing Powers» and the Arm's Length Standard: an odd threesome in need of clarification», p. 42 de 48 (en poder del autor y aceptado para publicación en libro colectivo dirigido por prof. Wolfgang Schön, Instituto Max Planck, 2012), y, de la misma autora, *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen op. cit.* p. 166. Otra cosa será que, bajo esta etiqueta, los Estados impongan medidas puramente proteccionistas, inadecuadas o desproporcionadas.

siciones societarias, como el examen de la Ley Volkswagen en el caso *Comisión contra Alemania*<sup>195</sup>.

No obstante, no puede decirse que el progresivo cambio de enfoque haya dado lugar a la acogida de estos principios como propios del Derecho europeo<sup>196</sup>. Y ello a pesar de que, en el caso de muchas normas, el ejercicio de competencias por parte de la UE tiene un objetivo eminentemente regulatorio, si se compara el incremento en las obligaciones que se imponen con el incremento en la libertad de circulación que traen como contrapartida<sup>197</sup>.

La explicación se encuentra en la interpretación que el Tribunal ha hecho de la competencia en materia de mercado interior<sup>198</sup>. Frente a las competencias «sectoriales» (de carácter más palpablemente regulatorio, pero limitadas por razón de su objeto), la de mercado interior posee un carácter «funcional»<sup>199</sup>. La simplificación del procedimiento legislativo (mayoría del Consejo, no unanimidad<sup>200</sup>), y su carácter más abierto, ha permitido que la mayoría de nuevas

195. Caso C-112/05 *Comisión c Alemania* [2007] ECR I-9020. En el caso del Derecho tributario, por ejemplo, ver el análisis del régimen inglés de compensación de pérdidas en C-446/03 *Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [2005] ECR I-10866.

196. Por ejemplo, en el caso C-101/08 *Audiolux SA y otros y Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) y otros, Bertelsmann AG y otros*, 15 de octubre de 2009, el Tribunal entendió que, a pesar de manifestaciones concretas como los artículos 20 y 42 de la Directiva 77/91, el tercer principio general y la decimoséptima disposición complementaria del Código de conducta, el punto 2, letra a), del esquema C que figura en el anexo de la Directiva 79/279, así como el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/25» (*ibid* para. 33) no existe en Derecho europeo un principio general de igualdad de trato de los accionistas, ni un principio de protección al accionista minoritario que trascienda las disposiciones concretas (*ibid* paras. 34-64).

197. Tal sería el caso de la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas; Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre, de garantías para proteger los intereses de socios y terceros; Directiva 2006/48/CE, de 14 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio; Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito; Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros; Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011 relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos; Reglamento 1060/2009, sobre las agencias de calificación crediticia. Especialmente las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE y sus modificaciones posteriores trasponen al ámbito europeo el marco de supervisión financiera de Basilea I, II y III, cuya finalidad (reglamentista), es la de garantizar la solvencia de las entidades financieras. Lo mismo cabe decir de las normas que establecen la nueva arquitectura de supervisión financiera. Ver Reglamentos del Parlamento y del Consejo 1093/2010, 1094/2010 y 1095/2010, de 24 de noviembre de 2010, que establecen las autoridades de supervisión en materia de Banca, de Seguros y Pensiones y del Mercado de Valores.

198. Artículos 3 (b) y 4 TFUE.

199. Esto es, competencia atribuida para conseguir un determinado objetivo. BRADLEY, K. St Cl. «Powers and procedures in the EU Constitution: Legal Bases and the Court». En CRAIG, P.; DE BURCA, G. *The Evolution of EU Law op. cit.* p. 86.

200. Artículo 114 TFUE (antes 95, y antes 100a TCE). El actual artículo 115, artículo 100 TCE en su origen, que exige la unanimidad para las disposiciones en materia de mercado interior, ha pasado de regla general a supletoria.

reglamentaciones (y la casi totalidad de las referidas a materia societaria o del mercado financiero) se canalicen por esta vía. Pero es precisamente este carácter más abierto, y su *vis expansiva*, lo que hacen necesario interpretar en qué consiste dicho carácter funcional, o, en otras palabras, cuál es el *fin* de la competencia de mercado interior.

Y, en este punto, el Tribunal ha interpretado que debe recurrirse a la competencia en materia de mercado interior con el objetivo de *construir* el mercado, y no de *regularlo*<sup>201</sup>. Con ello el TJUE mantiene una postura mucho más restrictiva que, por ejemplo, la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la interpretación de la «cláusula de comercio»<sup>202</sup>. Estas diferencias no se justifican por el simple literalismo de ambos textos. Aunque la Constitución de los Estados Unidos establece expresamente la competencia del Congreso para «regular» (no, simplemente, para «establecer» o «expandir») el comercio interestatal; pero el artículo 114 TFUE habla no sólo de «establecimiento», sino también de «funcionamiento» del mercado interior<sup>203</sup>. La interpretación del Tribunal se basa, pues, en una visión propia sobre el significado que la referencia al «mercado» tiene de cara a determinar el contrato social suscrito por los Estados de la UE, y la distribución competencial resultante del mismo, y que difiere de la de los Estados de la Unión. Y, en este punto de principio, no es posible estar en desacuerdo con el TJUE.

Asimismo, en los Estados Unidos la cláusula de «poderes implícitos»<sup>204</sup> ha actuado como catalizador de la cláusula de comercio de la Constitución<sup>205</sup>. En la UE esta posibilidad queda descartada. No sólo la visión del TJUE (aunque amplia) es más restrictiva que la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>206</sup>, sino que

201. Caso C-376/98 *Alemania c Parlamento y Consejo* [2000] ECR I-8498. Se entendió que la Directiva en cuestión, que prohibía, con contadas excepciones, la publicidad del tabaco y el patrocinio de actividades que promoviesen su consumo, no podía adoptarse sobre la base de la competencia en materia de mercado interior.
202. Artículo I, Sección § 8, Constitución de los Estados Unidos. El TS estadounidense evolucionó de la posición «federalista» del Chief Justice Marshall en *Gibbons v Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824) a una posición más restrictiva (ver *Carter v Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), hacia una postura permisiva con el Congreso federal, con los estándares del «efecto directo y grave en el comercio interestatal basado en la experiencia» y el «efecto acumulado» (*NLRB v Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Wickard v Filburn*, 317 U.S. 111, 129 n.129 (1942), al amparo de los cuales se promulgó legislación federal en materia de derechos civiles, alimentación y medicamentos, etc; hasta que, nuevamente, parece haber adoptado una postura más restrictiva en *United States v López*, 514 U.S. 549 (1995). Ver TRIBE, L. H. *American Constitutional Law* Volume One Third Edition, New York: Foundation press, 2000, p. 808-818.
203. En *Lopez*, la nueva vertiente más «restrictiva» del TS EE.UU. rechazó que la cláusula de comercio sirviese de base para una ley que prohibía las armas de fuego en escuelas públicas (una pretensión que, en el contexto europeo, resultaría casi cómica).
204. Artículo I Sección § 8, *in fine* Constitución de los Estados Unidos.
205. En *McCulloch v Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819) se impuso la visión de la cláusula como habilitación para el ejercicio de poderes cuando la relación medios/ fines fuese *natural* (Hamilton), más que cuando el ejercicio de aquéllos fuese *necesario* (Jefferson). Ver TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law op. cit.* p. 799.
206. Ver asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation, c Consejo y Comisión* [2008], de 3 de septiembre. Esta compe-

el ejercicio de poderes implícitos exige un procedimiento especial, más complejo que el de las materias de mercado interior, lo que imposibilita el recurso conjunto a ambas cláusulas competenciales<sup>207</sup>. El objetivo es el de impedir que las instituciones europeas amplíen unilateralmente el mandato otorgado por los Estados contratantes, algo en lo que, nuevamente, el TJUE y el Tratado aciertan al marcar las diferencias con un modelo de estado federal, como los Estados Unidos.

Con todo, y a pesar de que, como cuestión de principio, es necesario marcar las diferencias entre los Tratados constitutivos y un texto como la Constitución de los Estados Unidos, la ausencia total de un papel de la regulación en la «construcción» y «funcionamiento» del mercado interior tiene consecuencias estructurales, algunas neutras, pero otras potencialmente nocivas.

Primero, al restringirse el rol del legislador positivo, la presencia del TJUE como legislador negativo es mucho más palpable. El TS de los Estados Unidos no ha dudado en eliminar, mediante la «cláusula de comercio durmiente» (*dormant commerce clause*) las leyes estatales que regulasen o entorpeciesen el comercio interestatal<sup>208</sup>, pero las ha admitido cuando poseían una justificación razonable<sup>209</sup>, estuviese o no en la Constitución (dejando la iniciativa al Congreso para regular la materia). El TJUE, por su parte, ha sido mucho más restrictivo con las restricciones amparadas en principios no amparados por los Tratados<sup>210</sup> (asumiendo un papel más activista<sup>211</sup> y con mayor iniciativa «política», con las limitaciones inherentes a su función).

tencia puede usarse para rellenar lagunas competenciales, pero no de base para expandir los poderes de la Comunidad (ahora Unión) más allá del marco general previsto por los Tratados, o para modificarlos. Ver Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759 sobre la adhesión de la UE al CEDH; BRADLEY, K. St. Cl. «Powers and procedures in the EU Constitution: Legal Bases and the Court» *op. cit.* p. 103.

207. El recurso a la cláusula «*necessary and proper*» de la Constitución de los Estados Unidos no requiere un procedimiento especial, de modo que se ha utilizado para reforzar el recurso a la cláusula de comercio. El artículo 352 TFUE, antiguo artículo 308 TCE contempla un procedimiento especial que requiere propuesta de la Comisión, aprobación del Parlamento y unanimidad del Consejo, previa información por la Comisión a los Parlamentos nacionales, para asegurar el respeto del principio de subsidiariedad.
208. Desde *Cooley v Board of Wardens*, 53 U.S. (12 How.) 299, 318 (1852). Ver también *Dennis v Higgins*, 498 U.S. 439, 446 (1991).
209. El test aplicado por el Tribunal Supremo exige, a grandes rasgos, que la medida se encuentre justificada por consideraciones «ajenas al proteccionismo económico» (*unrelated to economic protectionism*). Ver *Wyoming v Oklahoma*, 502 U.S. 437, 454-55 (1992). El «segundo nivel» de jurisprudencia del TS de Estados Unidos se ha centrado en declarar inconstitucionales medidas aparentemente neutrales, pero que tienen el efecto de imponer una carga indebida en el comercio interestatal. Ver *Dean Milk Co. v City of Madison*, 340 U.S. 349, 353 (1951), lo que supone un test similar al de la proporcionalidad, formulado por el TJUE. No obstante, la vertiente de «legislador negativo» del TS es recibida con escepticismo entre los magistrados «conservadores», lo que hace que su uso sea moderado. Ver TRIBE, L. *American Constitutional Law op. cit.* p. 1032.
210. No sólo las leyes discriminatorias son inválidas, sino también las que imponen trabas inaceptables a la libertad de circulación. Asunto 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR-649.
211. MANCINI, G. F. «The United States Supreme Court and the European Court of Justice» En *Democracy and Constitutionalism in the European Union* Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 170.

Segundo, ello impone en ocasiones una disociación entre los fines que la norma europea «declara», y que será *exclusivamente* la eliminación de barreras al mercado interior, para la correcta «inserción» constitucional de la norma en los Tratados; y los fines *reales* de la misma, plasmados en las discusiones del proceso legislativo, y que serán *en parte* la eliminación de barreras, y en parte la regulación.

Ello afecta necesariamente a la doctrina del abuso. La ausencia de reconocimiento como tales de los principios básicos que inspiran algunas de las normas europeas limita el análisis. En los casos verticales, cuando se encuentre en juego alguna libertad europea, dicho análisis deberá limitarse a responder a la pregunta de si la libertad se utiliza de un modo contrario al fin de dicha libertad, mientras que los principios de protección al accionista, transparencia o solvencia y protección de acreedores entrarán en juego como principios de Derecho interno. Asimismo, en los casos horizontales es difícil apreciar en qué casos puede darse un supuesto de abuso (según el concepto del propio Tribunal) si, por ejemplo, la protección de los accionistas no es un principio general de la Directiva 77/91, o la solvencia de las entidades de crédito no es un principio de la Directiva 2006/48.

Las opciones en un supuesto donde se utilicen unas disposiciones de la Directiva para burlar otras serían (1) re-calificar el supuesto de abuso como de interpretación para aplicar la disposición «dentro» de su ámbito «natural» de aplicación (el abuso presume que el supuesto se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la norma, pero la aplica de todos modos), con la consiguiente pérdida de garantías que suponen los requisitos objetivo y subjetivo; o (2) distinguir las categorías de «principios» generales de Derecho de la UE (a la que seguirían sin pertenecer la protección del accionista, o la solvencia de las entidades de crédito) y las «finalidades» de la norma (a la que sí pertenecerían) y permitir aplicar la doctrina del abuso en el segundo caso, solución plausible pero algo artificial.

La cautela del Tribunal a la hora de formular «principios» generales, que trascienden el ámbito de aplicación de las disposiciones que inspiran es comprensible y loable. Pero, en algunos casos, impone equilibrios imposibles. Elementos como el buen gobierno, la protección del accionista o la protección de los acreedores y del sistema financiero y la solvencia de sus entidades son principios que difícilmente pueden operar de manera funcional si son rígidas normas de máximos, y no principios flexibles y adaptables.

### C. ABUSO DEL DERECHO, EFECTO ÚTIL Y PRIMACÍA

Como hemos tenido ocasión de observar, el TJUE es reacio a adoptar una perspectiva del abuso que le prive de la última potestad de revisión. Los problemas, distribuciones competenciales, y preguntas formuladas al TJUE son diversos en los casos horizontales y verticales. En los primeros, el Tribunal debe formular propiamente la doctrina anti-abuso; en los segundos, comprobar si la norma anti-abuso estatal es correcta. Pese a ello, el enfoque del Tribunal resulta



curiosamente compacto; y refuerza la idea de unidad en la doctrina del abuso<sup>212</sup>. Así, la intervención del Tribunal es lógica, y coherente con el Derecho de la Unión, cuando anula normas anti-abuso que resulten discriminatorias<sup>213</sup>, o con un no declarado propósito proteccionista<sup>214</sup>; o con consecuencias desproporcionadas<sup>215</sup>.

El punto de fricción es el margen de apreciación por el Tribunal del «umbral de actividad». El Estado de Derecho se beneficia del rechazo por el Tribunal de las normas que, teniendo un propósito anti-abuso, no dejan margen de apreciación, con presunciones *iuris et de iure*<sup>216</sup>. Más polémica puede resultar la postura del Tribunal que concluye que las normas anti-abuso únicamente pueden afectar a los «montajes puramente artificiales»<sup>217</sup>, o a las «compañías fantasma»<sup>218</sup>; el Tribunal fija un umbral muy escaso, que no solamente tira por tierra las normas anti-abuso específicas, sino la mayor parte de las normas/doctrinas anti-abuso generales, tal como han sido entendidas por los tribunales nacionales<sup>219</sup>. También el Tribunal deja un escaso margen a los tribunales nacio-

212. Aparte, el Tribunal ha tenido que examinar la validez de medidas estatales en casos horizontales, por ejemplo, de IVA. Ver asuntos acumulados 138 y 139/86 *Direct Cosmetics Ltd, Laughtons Photographs Ltd y Commissioners of Customs and Excise*, [1988] ECR I-3971; asuntos acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96 *Garage Molenheide* [1997] ECR I-7311.

213. Ver *Factortame II* (nacionales y residentes británicos), *Lankhorst-Hohorst* (norma anti-abuso sólo aplicable a sociedades residentes en el extranjero).

214. Caso C-243/01 *Piergiorgio Gambelli and others* [2003] ECR I-01039; C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler* [1994] ECR I-01039; Caso C-124/97 *Läära and others* [1999] ECR I-6067; Caso C-67/98 *Zenatti* [1999] I-7289 (juego y otros servicios); Caso C-222/97 *Manfred Trummer, Peter Mayer* [1999] ECR I-01661; Caso C-442/02 *CaixaBank France v Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2004] ECR I-08961 (servicios financieros).

215. Por ejemplo, en *Centros* la negativa del registro mercantil danés a inscribir una sucursal de la sociedad domiciliada en Reino Unido cuya «sede real» se encontraba en Dinamarca. Ver C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484. En *Überseering*, la denegación a la sociedad domiciliada en Reino Unido y con sede real en Alemania de personalidad jurídica y capacidad de actuar en juicio. Ver C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9943.

216. *Supra* III.A.2.

217. Caso C-264/96 *Imperial Chemical Industries pic (ICI) y Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1998] ECR I-4711, para. 26; C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant y Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2004] ECR I-2431, paras. 24 y 36; C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] I-8049 para. 56.

218. C-196/04 *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* [2006] I-8049 para. 56, con referencia a C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd* [2006] ECR I-3854 para. 35.

219. Que interpretan, por ejemplo bajo el test del propósito económico, no la existencia de una «realidad», sino la coherencia de la misma con el fin supuestamente perseguido. Ver RUIZ ALMENDRAL, V. *El Fraude a la Ley Tributario a Examen op. cit.* p. 173-175, 179-181. Es fácil trazar el paralelismo con la interpretación de normas como la de asistencia financiera (ejemplo 2), o las relativas al perímetro de supervisión del sistema bancario (ejemplo 4).

nales cuando la materia se encuentra total o parcialmente armonizada<sup>220</sup>; y tiende a entender las disposiciones restrictivas dentro de la propia norma como disposiciones de máximos, más que como principios interpretativos.

Dos elementos pueden actuar para mitigar el impacto de la doctrina del TJUE en la doctrina de los tribunales nacionales: (1) la circunscripción de la exigencia de «montajes puramente artificiales» a los casos donde la trascendencia de la norma en cuestión (libertades de la Unión) o la finalidad de la norma (reconocimiento *automático* de resoluciones) justifica una perspectiva (aún) más restrictiva, si bien el Tribunal aún no ha aclarado si este umbral es común a los demás casos; (2) la posibilidad de las doctrinas anti-abuso nacionales de ser examinadas por segunda vez, como restricciones a la libertad, que pueden encontrar una justificación separada, aunque la postura del TJUE deja entrever pocas concesiones a los enfoques anti-abuso nacionales.

No es, pues, difícil palpar la reticencia del Tribunal a dejar excesiva autonomía a los tribunales nacionales, que podrían así poner en peligro el efecto útil, como tampoco es difícil entrever las tensiones a las que puede dar lugar una postura que, más allá de anular normas legislativas, entra a determinar cómo los tribunales nacionales deben entender el Derecho interno. Y es que en ocasiones el TJUE no se conforme con formular el test general anti-abuso, sino que indique indicado a los tribunales nacionales los elementos específicos que deben tener en cuenta<sup>221</sup>. Este enfoque, en palabras del AG Dámaso Ruiz-Jarabo supone que:

*«el Tribunal de Justicia confiere al órgano jurisdiccional nacional un amplio margen de maniobra, para arrebatarlo más tarde. Al imponer criterios específicos y al ratificar la calificación de las normas comunitarias relevantes para resolver el caso, se reduce el análisis de los elementos de hecho, relegando al juez nacional a*

220. RUIZ ALMENDRAL, V. *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen op. cit.* p. 149-160. Ver asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94 *Denkavit Internationaal BV* (asunto C-283/94), *VITIC Amsterdam BV* (asunto C-291/94), *Voormeer BV* (asunto C-292/94) y *Bundesamt für Finanz* [1996] ECR I-5085 (imposición directa), o comparar los casos en materia de servicios televisivos C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie y Commissariaat voor de Media* [1993] ECR I-513; o C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4824, con C-11/95 *Comisión c Bélgica* [1996] ECR I-4115; C-222/94 *Comisión c Reino Unido* [1996] ECR I-4025; C-56/96 *VT4 Ltd v Vlaamse Gemeenschap* [1997] ECR I-3143 cuando había sido objeto de una mayor armonización a través de la Directiva 89/552/CEE de televisión sin Fronteras. Ver DOUKAS, Dimitrios «Free Movement of Broadcasting Services and Abuse of Law». En DE LA FERIA, R.; VOGENAUER, S. *Prohibition of Abuse of Law op. cit.* p. 65-83.

221. En la sentencia 101/87, *Bork International* [1988] ECR I-3057, donde se había dado el despido masivo de una plantilla, seguido de la transmisión inmediata de la empresa, y de la contratación de una parte sustancial de los trabajadores en condiciones menos favorables; el Tribunal, tras indicar que compete al juez nacional el análisis del abuso, tasó los elementos de juicio de este análisis, al afirmar que aquél debía examinar «las circunstancias objetivas en las que se ha generado el despido y, sobre todo, en un supuesto como el presente, si ha tenido lugar en una fecha próxima a la de la transmisión, así como si los trabajadores fueron empleados otra vez por el cesionario».

*una tesitura comprometida. No comparto este proceder del Tribunal de Justicia. Cuando menos, se trata de una técnica artificiosa que coloca en mal lugar a los participantes en el proceso prejudicial, poniendo de manifiesto una sed insaciable de protagonismo, pero también una visión poco respetuosa con la autonomía institucional que ha de reconocerse a la instancia nacional»<sup>222</sup>.*

El lenguaje categórico de la opinión del AG pone de manifiesto la tensión de la relación competencial entre el TJUE y los tribunales nacionales. En el plano positivo, ciertamente el TJUE está contribuyendo a armonizar el enfoque anti-abuso en diversos países de la UE<sup>223</sup>. En el plano negativo, la base sobre la que las partes deben discutir resulta mucho más incierta. Por ejemplo, en un procedimiento judicial donde se alegue la existencia de abuso de normas nacionales, cuando algunas de ellas transpongan normas europeas o se vean implicadas las libertades europeas, como los que reseñamos en los ejemplos al principio de este trabajo, ¿debe la parte que alegue el abuso argumentar exclusivamente sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, sobre la base de la jurisprudencia nacional, o sobre la base de la segunda, pero demostrando que la misma se encuentra en consonancia con la primera? Si bien ésta última parece la solución más lógica, en el plano de los particulares, el Derecho no se beneficia de la incerteza, y menos aún en una materia de por sí incierta como el abuso del Derecho.

Asimismo, en el ámbito institucional el TJUE podría llegar a encontrar una postura poco deferente por parte de las autoridades judiciales nacionales; que pondría de manifiesto los movedizos fundamentos del principio de primacía<sup>224</sup>, y la disparidad entre las visiones del TJUE y los tribunales nacionales sobre la relación entre ellos (jerárquica, o cooperativa)<sup>225</sup>. Si bien el enfrentamiento de

222. Opinión del AG en el Asunto C-396/07 *Mirja Juuri c Fazer Amica Oy*, 4 septiembre 2008, para. 31.

223. FREEDMAN, J. «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level» *op. cit.* p. 378.

224. Caso 26/62 *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c Nederlandse administratie der belastingen* [1963] ECR I (efecto directo); caso 6/64 *Costa c ENEL* [1964] ECR 585 (primacía).

225. El principio de primacía se puede interpretar de forma flexible, para que los tribunales nacionales puedan acomodarlo con los restantes principios de derecho constitucional nacional sobre la base del carácter no «ordinario» del Derecho de la UE (Sentencia 1/2004 del Tribunal Constitucional español, de 13 de diciembre de 2004, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), y en el marco de una relación «cooperativa» entre el TJUE y los tribunales nacionales (Sentencia del TC Alemán *Maastricht*. Ver JOERGES, Ch. «States without a Market? Comments on the German Constitutional Court's Maastricht Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses» *op. cit.* p. 5). La alternativa es interpretarlo de manera rígida, entendiendo que los tribunales no tienen elección y no pueden resistir la autoridad del Derecho de la UE, como hace el TJUE (Caso 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125, 1134). Ver la excelente síntesis en DE WITTE, B. «Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order» En CRAIG, P.; DE BURCA, G. *The Evolution of EU Law* *op. cit.* p. 350, 353-357. En un contexto donde tribunales constitucionales como el alemán afirman su competencia para revisar el contenido de las decisiones de las instituciones europeas (ver sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, traducción

posturas maximalistas parece menos probable ahora que cuando los cimientos de la jurisdicción del Tribunal se encontraban en una situación más precaria, la percepción de un excesivo intrusismo del TJUE en elementos fundantes del Derecho nacional, como su sistema inmunológico no sería positiva para ninguno.

#### D. ABUSO DEL DERECHO COMO PRINCIPIO GENERAL, Y LA IMPERMEABILIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La jurisprudencia del TJUE en materia de abuso en el contexto del mercado interior ha modificado el panorama legislativo, obligando a superar concepciones tradicionales sobre prioridades de política legislativa. Pero también ha tenido un impacto notable en los principios de asignación competencial contenidos en las normas sobre conflicto de leyes. Por ello, la tendencia de ambas parcelas (mercado interior, incluyendo el principio del abuso) y conflicto de leyes a darse mutuamente la espalda resulta incómoda. A continuación analizaremos la «impermeabilidad» de ambos tipos de normas, los problemas que genera, y los primeros movimientos hacia su convivencia y coordinación.

##### 1. *La «impermeabilidad» entre normas anti-abuso en el mercado interior y normas de conflicto de leyes: separados por pilares*

Resulta muy difícil examinar el funcionamiento de las normas de policía en el contexto del conflicto de leyes, y no encontrar paralelismos con la jurisprudencia sobre mercado interior, y la doctrina del abuso. Las normas de conflicto europeas<sup>226</sup> tratan de primar criterios de asignación competencial «neutrales», de modo que la ley aplicable no dependa, a su vez, del foro competente, sino de elementos como la autonomía de la voluntad de las partes o los puntos de conexión del problema. Frente a esta regla general, no obstante, existen cláusulas de escape, para proteger el interés de los Estados en preservar determinados principios; cláusulas que se articulan en torno a tres exigencias: (1) evitar que las partes obvien la aplicación de la ley del Estado que, en ausencia de elección por las partes y de vínculos más formales, se encuentra más estrechamente conectado con el problema<sup>227</sup>; (2) no obligar a un tribunal a aplicar una

---

no oficial disponible en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630\\_2bve000208es.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208es.html), paras. 248-250 o 331-343) el TJUE no puede dar por sentada la sumisión a la primacía en el segundo sentido.

226. En Estados Unidos el panorama es más variado, o caótico, según se mire, de modo que, dependiendo de los estados, se atiende al enfoque más «neutral», al «unilateralista», basado en el «interés» del estado, o a una combinación de ambos. Por todos, ver la síntesis realizada en JUENGER, F. K. «Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis». En JUENGER, F. *Selected Essays on the Conflict of Laws* Transnational Publishers, 2001, p. 156-179.

227. Artículo 3 (3) del Reglamento Roma I sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; artículo 3 (3) del antiguo Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; sección § 1-301 (f) del *Uniform Commercial Code* estadounidense; artículo 15 del Convenio de La Haya de 1985 sobre Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.

norma extranjera contraria a sus normas de policía<sup>228</sup>; (3) permitir la aplicación de las normas de policía de Estados que, sin ser los más estrechamente conectados, posean un interés suficiente<sup>229</sup>. La norma de policía es la: «disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica».

La formulación de la primera es, propiamente, anti-abuso; pues se trata de evitar que un contrato en esencia doméstico evada la legislación nacional por la mera elección de las partes<sup>230</sup>. Asimismo, la presencia de conexiones «de sustancia» refuerza el interés de un Estado en la aplicación de sus normas de policía, en la segunda y tercera posibilidad. Y, a pesar de ello, en el plano europeo no existe siquiera el reconocimiento de similitudes entre ambos enfoques.

Esta «impermeabilidad» o aislamiento mutuo, se puede explicar en parte porque el mercado interior y las normas de conflicto se insertan en marcos constitucionales y competencias también estancos: el mercado interior y sus libertades son el núcleo del Primer Pilar, mientras que las materias de conflicto de leyes y jurisdicciones entran dentro del Tercer Pilar (justicia e interior). Se ha afirmado que, a pesar de que en ambas disciplinas se intenta promover la neutralidad y el reconocimiento mutuo, en el Tercer Pilar la soberanía de los Estados debería ser la regla, y el reconocimiento mutuo la excepción, mientras que, en el Primer Pilar, es al contrario<sup>231</sup>; de ahí que tienda a ser genéticamente más intrusivo<sup>232</sup>.

228. Artículo 9 (2) del Reglamento Roma I; artículo 11 del Convenio de La Haya de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario; artículo 16 del Convenio de La Haya de 1985 sobre Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.

229. Artículo 9 (3) del Reglamento Roma I; artículo 7 (1) del antiguo Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; artículo 18 del Convenio de La Haya sobre Ley Aplicable a las Compraventas Internacionales; artículo 17 del Convenio de La Haya de 1978 sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y su Representación, y artículo 18 del Convenio de La Haya de 1985 sobre Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (si bien los Convenios de La Haya hablan de la exclusión de la ley aplicable cuando resulte contraria al «orden público», sin especificar conexión, no cabe entender lo uno sin la otra).

230. VERHAGEN H. L. E. «The Tension between Party Autonomy and European Union Law: some Observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*» *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 51, No. 1 (Jan., 2002), p. 135.

231. *Ibid* p. 410.

232. Según algunos autores, ello se debe a que, en materia de mercado interior, se alinean los derechos individuales con la libre circulación, de modo que el reconocimiento mutuo es la regla, con base en unos derechos constitucionales con efecto directo, y la restricción es la excepción. En materia de justicia e interior, por el contrario, la libre circulación es de decisiones; lo que sitúa el reconocimiento mutuo en el plano opuesto a las libertades individuales, que pueden ser restringidas por 27 autoridades en lugar de una (tal sería el caso de la «orden de detención europea». Ver Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002) y lo convierte en la excepción, más que en la regla. MÖSTL, Markus «Preconditions and Limits of Mutual Recognition» *Common Market Law Review* Vol. 47 (2010), p. 408-409.

Esta explicación, no obstante, toma como base la cooperación en materia penal, cuyas conclusiones no son inmediatamente extrapolables a la materia civil<sup>233</sup>. Además, sólo sirve para explicar la gestación del principio del abuso, no su estatus actual, como principio general del Derecho Europeo, con eficacia transversal, que, por tanto, trasciende la del mercado interior, donde ha sido originada<sup>234</sup>.

Una segunda explicación<sup>235</sup>, compatible con la anterior, tomaría como base, por un lado, el carácter «constitucional» del mercado interior y sus libertades, que condicionaría las restantes políticas y, por ende, no podría verse condicionado por ellas; y, por otro, su carácter «finalista», evolutivo y dinámico, que dificulta la formulación de equilibrios permanentes con el sistema auspiciado por las normas de conflicto, de carácter más estático, permanente y predecible. Mercado interior y cooperación en materia civil responderían, pues, a necesidades y ritmos políticos diferentes, y no pueden circunscribirse a un único marco teórico.

El uso conjunto de ambos grupos de argumentos es, en efecto, coherente, y parece explicar la postura del Tribunal. Pero una cosa es rechazar la asimilación (algo que compartimos) y otra cosa es asumir que mercado interior y normas de conflicto actúan en planos distintos, cuando, a menudo, operan sobre el mismo tipo de actividades y transacciones. En este sentido, concluir que, en algunos casos, el ejercicio competencial por un Estado respeta la asignación prevista en las normas de conflicto, pero supone una restricción injustificada a las libertades<sup>236</sup>; o, a la inversa, que no supone restricción (o que ésta se encuentra justificada) pero las reglas de asignación competencial apuntan a la aplicación del Derecho de otro Estado, no es una solución problemática, ni incoherente. Por el contrario, demostraría la voluntad del Tribunal de apreciar conjuntamente todas las parcelas del ordenamiento europeo relevantes para el caso, aunque no pueda reconducirlas a un único marco teórico.

233. En materia civil no cabe hablar de semejantes restricciones a la libertad individual; y las mismas se ven compensadas por el acceso individual a la justicia de los individuos. Ello supone que, en determinadas áreas de cooperación judicial civil, como el reconocimiento mutuo de decisiones en materia de competencia judicial es tan fuerte y sin excepciones, como la materia más propia de las regulaciones de mercado interior.

234. *Halifax* Opinión AG, paras. 62 y ss.; *Kofoed* para. 38.

235. En este punto el autor agradece especialmente los comentarios de Daniel Sarmiento.

236. Por ejemplo, (1) todos los elementos objetivos conectan la actividad con el territorio de dicho Estado (se cumple el requisito del artículo 3 (3) del Reglamento Roma I, o disposiciones similares), pero tales elementos no son suficientes para apreciar la existencia de abuso en el contexto de las libertades porque falta «el ejercicio contrario a la finalidad» de la libertad en cuestión (libertad de establecimiento, o libre prestación de servicios), o (2) el Estado posee una conexión con la actividad, y su norma interna posee un contenido «de policía», de acuerdo con la definición del artículo 9 (1) del Reglamento Roma I, (definición basada exclusivamente en la consideración que el propio Estado tiene de los valores protegidos por la norma) pero no es suficiente para ser tomada en cuenta por el Tribunal, por no ser relevante al nivel europeo, o por ser la restricción inadecuada para proteger los valores de la norma, o por ser desproporcionada.

## 2. *Abuso, mercado interior, y normas de conflicto de leyes: los problemas de la «impermeabilidad»*

La tendencia del Tribunal de Justicia a no reconocer la simple existencia de solapamiento entre normas de conflicto, que asignan competencia territorial, libertades, que evalúan la existencia de obstáculos, conduce a situaciones difíciles. En *Arblade*, por ejemplo<sup>237</sup>, el Tribunal entendió que Bélgica, como el Estado donde los trabajadores prestaban servicio de manera temporal, no podía imponer al empresario, establecido en otro Estado (Francia), ciertas obligaciones de cotización y administrativas, por constituir restricciones intolerables a la libre prestación de servicios, inadmisibles incluso bajo la excepción de policía<sup>238</sup>, mientras que la imposición de otras obligaciones, por ejemplo salariales, era legítima<sup>239</sup>. Las segundas afectaban al contenido de la relación contractual de trabajo individual; y el Tribunal entendió que la libre prestación de servicios «no se oponía» a que Bélgica impusiese dichas obligaciones, que, de otro modo, se regirían por la ley del Estado de origen del prestador de servicios (*empresario*)<sup>240</sup>. Ocurre que las normas de conflicto, en este caso el Reglamento (europeo) Roma I, sigue el proceso inverso<sup>241</sup>, y establece que, si bien la aplicabilidad de la ley pactada por las partes es la regla general, para los contratos de trabajo la regla se centra en el trabajador para entender que la ley pactada no podrá privarle de la protección de la ley del país donde realice su trabajo<sup>242</sup>. Es decir, si bien las excepciones en cada norma permiten una solución común<sup>243</sup>, ambos enfoques parten de polos opuestos. Y,

237. Asuntos C-369/96 y C-376-96 *Arblade y Leloup* de 23 de noviembre [1999] ECR I-8453.

238. Por ejemplo, la imposición de determinadas cotizaciones patronales, o a entregar una ficha individual y a determinadas obligaciones administrativas, cuando el empresario ya estuviese sometido a obligaciones equivalentes bajo la ley de su propio territorio. Ver *Arblade* paras. 33 y ss.

239. Por ejemplo, la obligación de pagar el salario mínimo, o a tener disponibles en un lugar accesible los documentos previstos en la legislación social y laboral. Ver *Arblade* paras 33 y ss.

240. *Arblade* paras. 42 o 51.

241. Tomamos como referencia el Reglamento Roma I, aunque en el momento de decidirse el caso *Arblade* no se encontraba vigente, puesto que el precepto referido a los contratos individuales de trabajo (artículo 8) es equivalente al correspondiente en el Convenio de Roma de 1980 (artículo 6).

242. La cual también será plenamente aplicable en defecto de pacto. Artículo 8 (1) y (2) del Reglamento Roma I.

243. El Tribunal se centra en el «prestador de servicios»; en este caso, el empresario. Y para ello toma como base jurisprudencial sentencias que se refieren a la prestación de servicios por *empresarios*, y a restricciones consistentes en autorizaciones administrativas (C-76/90 *Säger* [1991] ECR I-4221, para 12; C-43/93 *Vander Elst*, [1994] ECR I-3803, para. 14; C-272/94 *Guiot*, [1996] ECR p. I-1905, para. 10; C-3/95 *Reisebüro Broede*, [1996] ECR I-6511, para. 25, C-222/95 *Parodi*, [1997] ECR I-3899, para. 18). Ver también asunto C-165/98 *Mazzoleni* [2001] ECR I-02189 para. 22. Sobre esta base, admite la aplicación de las normas laborales bajo la excepción de «leyes de policía» o de «interés general» (*Arblade* para. 34 y jurisprudencia citada. En el mismo sentido, ver *Mazzoleni* para. 25). El Reglamento Roma I, por su parte, establece, como *regla general*, la conexión del contrato con el lugar de la realización del trabajo, sin necesidad de justificar el «interés general» o la «norma de policía»; y, sólo como excepciones, se atenderá a la ley del esta-

dado el aislamiento de ambas parcelas, el riesgo de soluciones contradictorias, dependiendo de la norma referida en la cuestión prejudicial, está presente<sup>244</sup>.

Más completo es el razonamiento del Tribunal en *Mazzoleni*, donde afirmó que, si bien las normas sobre salario mínimo pueden imponerse, como normas de policía, al prestador de servicios domiciliado en otro Estado<sup>245</sup>, puede resultar desproporcionado hacerlo cuando los trabajadores únicamente desempeñan el trabajo en su territorio a tiempo parcial y durante breves periodos<sup>246</sup>; y cuando la protección dispensada por la ley del país de establecimiento resulte equivalente a la del país de la prestación<sup>247</sup>. Sin embargo, a pesar de alcanzar las mismas conclusiones que si hubiese utilizado como base normas de conflicto, el Tribunal ni las menciona, de modo que persiste el riesgo de jurisprudencia divergente; la cual, a su vez, resultaría en que las partes de un contrato tuviesen distintos derechos y obligaciones dependiendo de la norma referida en la cuestión prejudicial. La conclusión no sólo se aplica a los contratos de trabajo, sino que resulta extrapolable a un contrato mercantil de financiación, como el descrito en nuestro ejemplo 2, del principio.

Otro ejemplo de los problemas de la impermeabilidad es el caso *Ingmar*<sup>248</sup>, donde las partes habían suscrito un contrato de agencia sometido, mediante cláusula de ley aplicable, al Derecho del estado de California; y se trataba de dirimir si, a pesar de ello, el agente podía exigir una la indemnización prevista de modo imperativo en la norma inglesa; que trasponía la Directiva 86/653/CEE sobre agentes comerciales. El Tribunal entendió que la norma era aplicable; razonando en términos de «orden público» de la norma, y no en términos de la «conexión objetiva» de la relación. De hacerlo, se habría podido concluir que un contrato se encuentra objetivamente conectado con el lugar donde la parte que ejecuta la prestación característica (en este caso, el agente) tiene su residencia<sup>249</sup> (regla general), o el lugar donde el agente realiza la prestación de modo

blecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (artículo 8 (3) del Reglamento Roma I, cuando no se pueda determinar el lugar de realización del trabajo), o a la ley del país con los vínculos más estrechos (artículo 8 (4) del Reglamento Roma I). Asimismo, el Reglamento Roma I también habla del lugar de realización *habitual* (artículo 8 (1), y en *Arblade* ese lugar parecía ser Francia, pues los trabajadores fueron «desplazados» al lugar de la obra en Bélgica (*Arblade* para. 20).

244. El Tribunal podría haber concluido que el tipo de normas tuitivas cuya aplicación reclamaba Bélgica carecían del carácter de «policía». No hay referencias al hecho de que los trabajadores se desplazan de manera *temporal*, lo que elimina el punto de conexión. Tan sólo se encuentran referencias al hecho de que las normas francesas dispensaban una protección equivalente a la de las normas belgas. Ver *Arblade* paras. 39, 44-45, 50-51.

245. *Mazzoleni* paras. 25-29.

246. *Mazzoleni* paras. 31, 32, 38, 41.

247. *Mazzoleni* paras. 33-35, 39, 41.

248. Asunto C-381/98 *Ingmar GB Ltd y Eaton Leonard Technologies Inc.* [2000] ECR I-09305

249. Artículo 4 (1) del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, confirmado por el artículo 4 (1) apartados (b), (e), (f) del Reglamento Roma I, que establece la aplicabilidad de la ley del país donde el prestador de servicios (para los contratos de servicios), el franquiciado (para los contratos de franquicia) o el distribuidor (para los contratos de distribución) tenga su residencia; así como ar-



principal (regla especial de los contratos de trabajo<sup>250</sup>), que, en ambos casos, coincidía con Gran Bretaña, mientras que el vínculo con California era inexistente. Se habría podido concluir que no es posible evadir las normas del Estado objetivamente conectado con la actividad cuando éstas son imperativas, y que todo ello justificaba la aplicación de la norma británica (o europea, en este caso)<sup>251</sup>. Si, como hizo el Tribunal la conclusión se basa en la naturaleza tuitiva de la Directiva<sup>252</sup>, y su consecuente carácter imperativo<sup>253</sup> se abre la puerta al exceso. Si, como también hizo, se justifica la aplicación de la Directiva sobre la base de la libertad de establecimiento de los agentes (como el otro objetivo principal de la Directiva<sup>254</sup>) la solución resulta, simplemente, incomprensible, pues la libertad de establecimiento se protege por el sistema de reconocimiento mutuo de la autorización del agente, no por las reglas tuitivas.

En el plano del Derecho de sociedades *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* y *Cartesio* poseen dos elementos comunes: uno, se declaran «neutrales» entre las normas de conflicto basadas en las teorías de la «incorporación» o «registro» y la «sede real»<sup>255</sup>; dos, desmontan sistemáticamente todas las normas secundarias que permitirían dotar a la segunda de operatividad; de modo que el Tribunal no entra en si una sociedad debe, o no, regirse por la ley de su «sede real»; pero niega que la consecuencia de ello pueda ser la negativa a inscribir una sucursal en Dinamarca desde donde se va a desarrollar la totalidad de la actividad de la sociedad domiciliada en el extranjero<sup>256</sup>, el no reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad domiciliada en el extranjero pero con sede real en Alemania<sup>257</sup>, o la imposición de determinados requisitos a la sociedad domiciliada en el extranjero pero con sede real en Holanda<sup>258</sup>. En

título 6 para. 1 del Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a la relación de agencia.

250. Artículos 6 (2) del Convenio de Roma de 1980 y 8 (2) del Reglamento Roma I; o artículo 6 para. 2 del Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a la relación de agencia.

251. Por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 (3) del Reglamento Roma I (entonces 3 (3) del Convenio de Roma de 1980), o de una interpretación expansiva de la regla aplicable a los contratos de trabajo (artículos 6 del Convenio de Roma de 1980 u 8 del Reglamento Roma I).

252. *Ibid* para. 21.

253. *Ibid* para. 22.

254. *Ibid* paras. 23-24.

255. Había resultado imposible alcanzar un consenso entre ambas posturas. Uno de los intentos se plasmó en el Convenio de La Haya de 1956 sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras que recoge la tesis de la incorporación en su artículo 1, pero permite, en su artículo 2 a otro Estado negar el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cuando la sede real se encuentre en el territorio de este último Estado. El convenio no tuvo éxito. *Daily Mail* paras. 21-23 se declara abiertamente «neutral» entre ambas tesis. Las demás, no las mencionan.

256. C-212/97 *Centros Ltd y Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1484.

257. C-208/00 *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. [2002] ECR I-9943.

258. C-161/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam e Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10195.

*Cartesio*<sup>259</sup> se vuelve al mantra de la «neutralidad» del Tribunal en cuanto a las normas de conflicto<sup>260</sup>; pero se afirma que, al depender la libertad de establecimiento de una sociedad del reconocimiento por un Estado de la nacionalidad de dicha sociedad; dicho Estado posee también la facultad de retirarle dicho reconocimiento en caso de traslado de domicilio<sup>261</sup>. Y ese Estado *sólo puede ser el* de registro, pues la norma societaria exige el registro para reconocer la personalidad de una sociedad<sup>262</sup>.

### 3. Las grietas incipientes en la «impermeabilidad»

¿Es la criticada «impermeabilidad» uniforme? Parece que no, pues podemos encontrar algunos ejemplos de lo que, parafraseando a Churchill, no es el final, ni el principio del final, pero sí, al menos, el final del principio. Resulta en todo caso curioso que el Tribunal haya preferido comenzar integrando las normas europeas de mercado interior (libertades) con normas ajenas al ámbito europeo (Convenios de Doble Imposición basados en el Convenio Modelo de la OCDE) que con normas también europeas (por ejemplo, Reglamentos Roma I y II).

El Tribunal utilizó en su momento el principio de «territorialidad» para justificar algunas medidas que, si bien suponían restricciones a las libertades, se justificaban porque la conexión de un sujeto con el territorio de un Estado mediante elementos como la residencia, situaba al residente en otro Estado en una situación no comparable<sup>263</sup>; si bien, vistos los excesos a los que podía conducir, su uso fue progresivamente limitado<sup>264</sup>, y desconectado de las libertades<sup>265</sup>.

259. C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* [2008], ECR I-10805.

260. *Ibid* paras. 108-109.

261. *Ibid* para. 110.

262. El Estado de la sede real podría denegarlo también, pero sólo si es también el Estado de registro. Asimismo, por más que el críptico razonamiento del Tribunal en los párrafos 108 a 110 parezca indicarlo, creemos que es dudoso que se permitiese al Estado denegar la inscripción de una sociedad por el hecho de no tener la sede real en su territorio; y lo que sí es seguro a raíz de *Centros* y *Überseering* es que, si dicha sociedad quedase registrada en un Estado A distinto al de su sede real, A, A no podría negarse a reconocerla como tal sociedad (sí negarse a reconocerla como sociedad del país A, pero eso resultaría irrelevante, pues ya sería sociedad de Derecho B).

263. Casos C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249; C-300/90 *Comisión c Bélgica* [1992] I-305; C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt y Roland Schumacker* [1995] ECR I-249 paras. 31-35; C-250/95 *Futura Participations SA, Singer y Administration des contributions* [1997] ECR I-2492, para. 22.

264. Para empezar, la formulación de este principio se vinculó, desde el principio, a la denominada «coherencia del sistema tributario», en virtud de la cual la competencia tributaria para establecer el gravamen se justificaba por la relación directa entre el gravamen y el beneficio fiscal, establecido por dicho Estado (típicamente, una deducción de gastos), y del cual el sujeto se había beneficiado. Ver C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249; C-300/90 *Comisión c Bélgica* [1992] I-305. Así, algunos autores han afirmado que coherencia y territorialidad actuaban como dos caras; la primera la cara «interna» y la segunda la «externa», de un mismo fenómeno. Ver SANZ GÓMEZ, R. *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea* Barcelona: Bosch, 2010 p. 49.

265. En el caso C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant y Ministère de l'Économie, des Finances*

Más suerte tuvo el principio de «reparto equilibrado de la potestad tributaria»<sup>266</sup>, que sostiene que la interpretación de las libertades de la Unión debe dar como resultado un marco donde la potestad normativa se reparta de manera equilibrada, asignada mediante puntos de conexión<sup>267</sup>. Ello parte de la premisa de que existe un ejercicio *normal* de la potestad normativa<sup>268</sup>, basado en unos puntos de conexión *objetivos*, ideas que encontramos en los convenios de doble imposición<sup>269</sup>, y que ha sido generalizada a las situaciones sin convenio.

Por fin, con carácter más reciente ha debido pronunciarse el Tribunal sobre la relación entre el mercado interior y las normas de conflicto de leyes, en el plano jurídico-privado, en los asuntos *eDate* y *Martínez*<sup>270</sup>. En este caso la cuestión prejudicial planteaba la pregunta de si la norma de control del país de origen, tal como se formula en la Directiva de Comercio Electrónico<sup>271</sup>, establecía una norma de Derecho Internacional Privado. El Tribunal respondió en sentido negativo, realizando una interpretación sistemática<sup>272</sup> y contextual<sup>273</sup> de la

*et de l'Industrie* [2004] ECR I-2431 para. 68 el Tribunal afirmó que «En cuanto al argumento del Gobierno alemán según el cual es preciso tener en cuenta el reparto de las competencias en materia tributaria entre el Estado de salida y el Estado de acogida, basta señalar, como ha hecho el Abogado General en el punto 82 de sus conclusiones, que el objeto del litigio no es el reparto de las competencias en materia fiscal entre Estados miembros, ni la potestad de las autoridades francesas para gravar las plusvalías latentes, con la que se pretende responder a los traslados artificiosos de domicilio, sino la cuestión de si las medidas adoptadas con este fin se ajustan a las exigencias de la libertad de establecimiento».

266. C-446/03 *Marks & Spencer plc* contra *David Halsey* (*Her Majesty's Inspector of Taxes*) [2005] ECR I-10866 paras. 46, 49; C-196/04 *Cadbury Schweppes plc*, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* y *Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-8031 paras. 55-56; C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* y *Commissioners of Inland Revenue* [2007] ECR I-2157 paras. 74-75. Desde un punto de vista lógico el argumento no debería resultar muy distinto de la territorialidad. De hecho, en *Marks & Spencer*, la sentencia donde se enuncia de manera más clara el principio del «reparto equilibrado», se parte del principio de territorialidad. Ver C-446/03 *Marks & Spencer plc* contra *David Halsey* (*Her Majesty's Inspector of Taxes*) [2005] ECR I-10866 paras. 36 y ss.
267. En Derecho tributario se atiende normalmente a la residencia. Ver C-446/03 *Marks & Spencer* [2005] ECR I-10866 para. 37 C-270/83 *Comisión c Francia* [1986] ECR I-273 para. 18.
268. Ello se puede deducir de la afirmación en *Cadbury* de que las restricciones de las libertades que tienen por objeto evitar las prácticas abusivas están justificadas cuando «el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado». Ver C-196/04 *Cadbury Schweppes plc*, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* y *Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-8031 para 55.
269. C-336/96 *Gilly* [1998] ECR I-2793, para. 30; C-307/97 *Saint-Gobain* [1999] ECR I-6161 para. 57; C-376/03 *Caso D* [2005] ECR I-5852, para. 52.
270. Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH* y *X* y *Olivier Martínez, Robert Martínez* y *MGN Limited*, [2011], 25 de octubre de 2011.
271. Artículo 3 (1) y (2) de la Directiva 2000/31/CE.
272. El artículo 1 (4) de la Directiva establece que: «La presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia».
273. Con referencia al considerando (23). Ver C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH* para. 62.

Directiva. Sin embargo, la explicación sabe a poco, puesto que el núcleo de la pregunta no era si la Directiva establece normas de conflicto de leyes (dice expresamente que no) sino cuál es el significado de la norma de control en origen, y en qué se diferencia de una norma de conflicto. El Tribunal no entra en este punto, por resultar demasiado espinoso o demasiado académico. La opinión del AG, sin embargo, ofrece algún argumento adicional, sobre la diferencia entre aplicar el Derecho de otro Estado, y reconocer las decisiones regulatorias de dicho Estado<sup>274</sup>; pero cualquiera que esperase un pronunciamiento general más integrador debió salir gravemente decepcionado.

Asumir el reto de realizar un análisis «simbiótico» o integrador es arriesgado, pues podría sentar precedente, y vincular las futuras apreciaciones del Tribunal sobre la relación entre mecanismos normativos distintos, y con enfoques y propósitos diversos. Con todo, la absoluta incerteza resulta aún peor. Al «integrar» o «coordinar» el Tribunal no tiene que abrir, necesariamente, la puerta a la «colonización» de las normas de mercado interior (más dinámicas) por la *ratio* y enfoque de las normas de conflicto de leyes (más estáticas), ni hecho dejación de su potestad de examinar las consecuencias del reparto territorial de competencias previsto en los convenios, o la proporcionalidad de las medidas asociadas a dicho reparto. Tan sólo ha afirmado su voluntad de integrar los argumentos de asignación competencial en el análisis de las libertades, de una manera algo más «simbiótica». Y, en este sentido, no podemos sino celebrar esta voluntad. Reconocer que la autopista del mercado interior se proyecta sobre un terreno donde antes había carreteras nacionales y comarcales, vías pecuarias o cañadas reales, no significa seguir su trazado; sólo aprovechar el trabajo previo y anticipar problemas.

#### E. IMPLICACIONES PARA EL ANÁLISIS

El Derecho de la Unión se ha construido en torno al mercado interior, y ello condiciona el análisis de la «finalidad» de las normas, que debe ser vulnerada para apreciarse la existencia de abuso. Por tanto, si el propósito es el de demostrar la existencia de abuso de las libertades (típicamente, de establecimiento, de servicios y capitales) en los ejemplos indicados, sería necesario probar que las transacciones constituyen «montajes puramente artificiales». En caso contrario, una norma estatal que permita el ejercicio de competencias legislativas, regulatorias,

274. «Un tribunal que aplica la técnica del reconocimiento mutuo en un conflicto con un vínculo internacional no aplica la legislación del Estado de origen del prestador del servicio, sino que ha de limitarse a dar por válido, siempre y cuando no concurran motivos justificativos, el cumplimiento de las normas reguladoras del servicio en dicho Estado. (57) Ello no impide, por la vía de una justificación, que el Estado del foro haya previsto medidas adicionales encaminadas a la protección de determinados bienes merecedores de especial tutela (véase el apartado 4 del referido artículo 3). Sin embargo, en ningún caso se realiza una aplicación de la ley del Estado miembro de origen, ni el Estado de la jurisdicción competente está obligado, por mandato de la Directiva, a prever específicamente un correctivo de Derecho internacional privado al contemplar medidas más protectoras.» C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH* opinión AG para. 79.

supervisoras, o tributarias, sobre la SE (ejemplo 1), sobre la sociedad vehículo utilizada para financiación (ejemplo 2), sobre la SICAV personalizada luxemburguesa (ejemplo 3), o sobre el *hedge fund*, o el vehículo de titulización (ejemplo 4) en circunstancias distintas a las de la ausencia, casi total, de actividad económica, sería, en principio, contraria al Derecho de la Unión. Un segundo paso sería demostrar que, en cada caso, la medida está justificada.

Como segundo paso, se podría argumentar que la transacción es contraria a principios de Derecho europeo, contenidos en las diferentes normas de desarrollo (Reglamento SE, Segunda Directiva de Sociedades, Directiva IIC, o Directivas de GFIA y de Bancos o de Capital). Pero dicho ejercicio se verá sin duda dificultado por el énfasis «declarado» de dichas normas en su propósito de «creación» de mercado, aunque su lógica interna sea más regulatoria. Por ello, un elemento clave se encontrará en la consecuencia de la asunción de competencias legislativas, regulatorias, supervisoras, etc. que no puede ser desproporcionada.

Por último, principalmente en relación con los ejemplos 2 y 4, es preciso tener en cuenta la cuestión de las normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones. En el ejemplo 2 los tribunales ingleses podrían rehusar la aplicación de la norma española de AF por entender que no es «de policía», según la definición de Roma I; o que, siéndolo, no merece ser aplicada por falta de conexión, interés, o justicia del resultado. Pero parece que, si el foro fuesen los tribunales españoles, sí aplicarían la norma española. La cuestión es que, según la doctrina del Tribunal *sobre libertades* la norma española de AF podría suponer una restricción a la libertad de establecimiento, injustificada y/o desproporcionada, a pesar de que el resultado sería coherente con el Reglamento Roma I, también Derecho de la Unión. La solución basada en las libertades, dada su naturaleza «constitucional», debería prevalecer, pero nuevamente el TJUE se vería obligado a alcanzar equilibrios imposibles para concluir que las libertades no prejuzgan la solución derivada de las normas de conflicto de leyes.

En relación con los problemas de jurisdicción, pensemos en el ejemplo 4, donde las autoridades españolas intervienen un vehículo de inversión, integrante del denominado «sistema bancario en la sombra», entendiendo que, de acuerdo con nuestro Derecho, es un banco/*hedge fund*/vehículo de titulización sujeto a legislación española. Una intervención «regulatoria» de este tipo suele venir seguida por una intervención «liquidatoria», de modo que resulta difícil distinguir dónde termina el procedimiento de supervisión y empieza el de insolvencia. Aplicando la doctrina del abuso, en el contexto de las libertades, las autoridades españolas deberían demostrar la presencia de un «montaje artificial», con el propósito de evadir la norma española. Si, por otro lado, se aplica la doctrina del reconocimiento mutuo, sobre la base del Reglamento de Insolvencia, el test sería, en teoría, el mismo («montajes artificial» es una noción equivalente a la de «compañía fantasma»<sup>275</sup>), con la diferencia de que, si los

275. Ver la referencia a *Eurofood* («compañía fantasma») en *Cadbury* («montaje artificial») para. 68.

órganos españoles se declarasen competentes primero, sería difícil para los ingleses llevarles la contraria, y viceversa. La voluntad, pues, de no integrar mínimamente las soluciones del Primer Pilar (libertades) con las del Tercer Pilar (cooperación en materia civil) y encontrar elementos de cohesión, por ejemplo a través de la doctrina del abuso, pasa de ser meramente académica, a adquirir dosis de realidad.

## V. CONCLUSIONES

Abríamos este trabajo afirmando que todo tiene que ver con todo, y espere-mos cerrar habiendo justificado en parte esta afirmación. Hablar del abuso del Derecho es hablar del Derecho mismo, y, en el plano del Derecho europeo, no cabe hablar del abuso sin adentrarse en cuestiones básicas de la disciplina.

En primer lugar, hemos justificado cómo el carácter unitario de la doctrina del abuso se demuestra en el empleo de sus elementos (objetivo, subjetivo, probatorio y finalista) en todos los casos; sea cual fuere su contexto. El abuso es un principio de protección del ordenamiento. Al mismo tiempo, posee una vertiente más invasiva, de ahí que la doctrina, en su definición, venga acompañada de sus propias restricciones para preservar los derechos individuales. Como mecanismo «inmunológico» del ordenamiento, se adapta a las normas para las que sirve de protección, y no puede existir de modo autónomo e independiente a aquéllas. Esta característica explica las aparentes divergencias de enfoques, que se explican no por la existencia de diversas doctrinas, sino de diversas normas, con diversas finalidades, y susceptibilidad de un análisis finalista. Enfatizar este punto resulta especialmente importante a la hora de contrastar los casos «horizontales» y los «verticales».

En segundo lugar, esta misma vocación interpretativa conduce a que, a la hora de identificar actividades «contrarias al propósito» de las normas, el abuso se tope de bruces con algunas tensiones sin resolver de la construcción europea; que dificultan sobremanera la identificación de la «finalidad» de las normas, o de las combinaciones y equilibrios imposibles de aquéllas, y de las competencias que les sirven de base. Hemos tratado de identificar algunos de los problemas más acuciantes para la coherencia de la doctrina del abuso, como son; primero, la tensión en los casos donde se debe aplicar el principio de la «economía social de mercado»; segundo, la tensión inherente a los supuestos donde se aplican normas cuyos principios inspiradores no han sido reconocidos como principios de Derecho europeo (en materia societaria o de regulación financiera, principalmente); tercero, la tensión propia de la división competencial entre el TJUE y los tribunales nacionales, la cual, a su vez, pone de manifiesto la incierta relación entre ambos; y, cuarto, a la tensión entre la aparente impermeabilidad de las normas de conflicto (Tercer Pilar) a la doctrina del abuso, originada en la jurisprudencia en materia de mercado interior (Primer Pilar), y la caracterización del abuso como «principio general» del Derecho de la Unión.

Todo ello nos devuelve a la idea unificadora con la que abrimos el presente trabajo, y sobre la que, después de desarrollar el tema de manera extensa, podemos ofrecer una reflexión algo más madurada. Si bien la doctrina del abuso es un elemento transversal del ordenamiento, no es un elemento rígido, sino plástico; cuya forma depende de la de la construcción que ayuda a sujetar. Partiendo de esta base, el conocimiento pleno del contenido del abuso del Derecho sólo es posible si se conoce el contenido del Derecho de la Unión, sus equilibrios y dirección (como dirían los ingleses «*a big if*»). No obstante, descontando que ambos se encuentran en estado de flujo permanente, algunos de los dilemas son susceptibles de solución por un Tribunal que, en el pasado, no ha temido remangarse para ensamblar y dar sentido propio a medidas aisladas y declaraciones a media voz de gobiernos e instituciones excesivamente cautelosos. Es un papel que sólo el TJUE puede asumir. De su voluntad se beneficiará no sólo la doctrina del abuso y la construcción europea, sino la fortaleza del Estado de Derecho.